تنقيح مباني الأحكام

١-٤

تأليف
سماحة آية الله العظمى
الشيخ الميرزا جواد التبريزي

بسم الله الرحمن الرحیم

تنقیح مبانی الاحکام

کاتب:

آیت الله شیخ جواد تبریزی

نشرت فی الطباعۀ:

دارالصدیقه الشهیده سلام الله علیها

رقمی الناشر:

مرکز القائمیۀ باصفهان للتحریات الکمبیوتریۀ

الفهرس

تنقیح مبانی الاحکام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام / تالیف جواد تبریزی.

وضعیت ویراست : ویراست ؛ ۳

مشخصات نشر : قم : دار الصدیقه الشهیده (س) ، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۶۱۲ ص.

شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۸۴۳۸-۲۸-۲

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : ج.۱ (چاپ سوم: ۱۳۸۷).

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ق.

موضوع : احکام

موضوع : مبانی احکام (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/م۳ش۴۰۲۳۲۳ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۵۳۰۳۳۲

ص :۱

المجلد ۱

القضاء والشهادات شرایع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ – ۱۳۸۵.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام : کتاب القضاء والشهادات شرایع الاسلام / تالیف جواد تبریزی.

وضعیت ویراست : ویراست ؛ ۳

مشخصات نشر : قم : دار الصدیقه الشهیده (س) ، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۶۱۲ ص.

شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۸۴۳۸-۲۸-۲

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر بخش الحدود والتعزیرات " شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام " محقق حلی است.

یادداشت : ج.۱ (چاپ سوم: ۱۳۸۷).

موضوع : محقق حلی، جعفربن حسن، ۶۰۲ – ۶۷۶ق . شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ق.

موضوع : قضاوت (فقه)

موضوع : سوگند (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، ۶۰۲ – ۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/م۳ش۴۰۲۳۲۳ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۵۳۰۳۳۲

ص :۱

اشاره

الَموسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ

مَبانى الاحكامِ

القَضَاءُ والشَّهادَهُ

ص :2

بسم اللّه الرحمن الرحيم

والنظر فی صفات القاضی وآدابه وکیفیه الحکم وأحکام الدعاوی[۱]

الشَرح:

[۱] قد جعل قدس سره بحث القضاء أربعه أقسام، وعبّر عن کلّ قسم بالنظر:

النظر الأوّل: فی صفات القاضی، أی الأُمور المعتبره فی المتصدی للقضاء؛ لیجوز له قضاؤه تکلیفاً ووضعاً، بمعنی نفوذه فی حق المتخاصمین وغیرهما، ولا یخفی أنّ مایعتبر فی جواز قضائه تکلیفاً علیه احرازها فی نفسه؛ لأنّ القضاء فعله ولا یفیده احراز غیره، وما یعتبر فی نفوذ قضائه علی المتخاصمین احرازها فیه لینفذ حکمه فی حقّهما، وکذا غیرهما ممّن یرید ترتیب الأثر علی قضائه.

النظر الثانی: فی الآداب، یعنی الأُمور المطلوبه من القاضی أو الجائزه له.

النظر الثالث: فی کیفیه الحکم، یعنی بیان الأُمور التی علی القاضی الاعتماد علیها فی قضائه وما یعتبر رعایته بالاضافه إلی المتخاصمین.

النظر الرابع: فی أحکام الدعاوی، یعنی الوظائف المقرره بمقتضی أدلّه الأحکام فی موارد الاختلافات والمنازعات فی الأموال والعقود والایقاعات والمواریث والأولاد.

وینبغی قبل الشروع فی النظر الأوّل التعرّض لمعنی القضاء والحکم وبیان الفرق بینه وبین الفتوی، فنقول:

القضاء لغهً یطلق علی معان: منها الحکم کقوله سبحانه: «ثُمَّ لاَ یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ

....

الشَرح:

حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ»(١) و «فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ»،(٢) ومنها الانهاء والاتمام كقوله سبحانه: «فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الأَجَلَ»(٣) و «أَيَّمَا الأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ»،(۴) ومنها الأمر كقوله سبحانه: «وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ»(۵) ومنها الحتم: «فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ»،(۶) ومنها الفعل والخلق: «فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ»(٧) ويمكن ارجاع بعضها إلى بعض كارجاع الأمر إلى الحكم.

وكيف كان فالمراد بالقضاء فى المقام هو انشاء الحكم الجزئى لحصول الموضوع أو المتعلّق لكليه المجعول فى الشريعه بمفاد القضيه الحقيقيه، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومه والمنازعه فى حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم فى واقعه خارجيّه بتطبيق الكبرى المقرره فى الشرع على تلك الواقعه فيما إذا وقعت المخاصمه فى حكم تلك الواقعه، أمّا لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكليه المجعوله: فى الشرع أو اختلافهم فى تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهه فيه بين الناس من غير مخاصمه كالحكم برؤيه الهلال، كما يطلق أيضاً على تعيين الوظيفه الفعليه على الناس فى مورد أو موارد لرعايه المصلحه العامه الموجبه له، ويعبّر عن هذا القسم بالحكم الابتدائى.

١- (١) النساء: ۶۵.

٢- (٢) طه: ٧٢.

٣- (٣) القصص: ٢٩.

۴- (۴) القصص: ٢٨.

۵- (۵) الاسراء: ٢٣.

۶- (۶) سبأ: ١۴.

٧- (٧) فصلت: ١٢.

معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى

....

الشَرح:

ويحتمل أن يكون اطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم ويكون من تغليب المطلق على بعض أفراده، ويحتمل أنّ اطلاقه على الحكم فى موارد المخاصمه بمعنى الانهاء والاتمام، فيكون اطلاقه على غيره بالعنايه أو بمعنى مطلق الحكم، ولا ينافى ذلك ما يأتى من أنّ الأدلّه الوارده فى نفوذ القضاء والحكم قاصره عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كلّه فى القضاء.

وأمّا الفتوى فهى تعيين الأحكام المجعوله فى الشرع بنحو القضايا الحقيقيه المستفاده من مداركها وتعيين ما يعتبر فى موضوعاتها ومتعلقاتها من القيود نفياً أو اثباتاً.

وهل كما أنّ جواز الافتاء لمن كان عدلاً فى دينه وعالماً بالأحكام الشرعيه من مداركها من قبيل الحكم والموضوع كذلك جواز القضاء، أو أنّ جواز القضاء والولايه عليه يحتاج إلى النصر عاماً، أو خاصاً؟ ظاهر المشهور أنّ القضاء منصب يُعطى، كما هو مقتضى أخذهم الولايه فى تعريفه وأنّه ولايه الحكم، ولعلّ مرادهم انّ القضاء بالأصاله منصب للنبى صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام وقيام الغير به يحتاج إلى نصب النبى صلى الله عليه و آله أو الإمام.

جاء فى صحيحه سليمان بن خالد: «اتّقوا الحكومه فإنّها للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبى».(۱)

وفى روايه اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلّا نبى أو وصى نبى أو شقى».(۲)

وفى معتبره سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا

۱- (۱) و (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۳ و ۲: ۷.

....

الشَرح:

فاجعلوه بينكم فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».(۱)

وظاهر هـذه الروايـات أنّ ولاـيه القضـاء للرجل المزبور اُعطى من قبل الإمام عليه السـلام ، ومثلها مقبوله عمر بن حنظله عن أبى عبـداللّه عليه السـلام فـإنّ فيها: «ينظران من كان منكم ممّن قـد روى حـديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنّى قد جعلته حاكماً».(۲)

ولاـ ينـافى ذلـك مـا عن المشـهور أيضـاً بـل لم ينقل الخلاف فيه من أنّ القضاء واجب، فإن انحصـر القاضـى بواحـد تعيّن عليه القضاء، وكـذا فيما إذا لم ينحصـر بواحـد ولكن لم يكف الواحـد بحاجه البلـد، ومع تعدده والاكتفاء بواحد يكون القضاء واجباً كفائياً على حـد سائر الواجبات الكفائيه، وعلّل ذلك يتوقف نظم البلاد والعدل بين الناس عليه وانّ الظلم من شـيم النفوس فلابدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمه، ولأنّ القضاء داخل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

والوجه فى عـدم المنافـاه أنّه يجب على من شـمله النصب العـام القيـام به بمـا ذكروا، بـل يجب على الناس تحصـيل ما به يعمّهم النصب العام بنحو الواجب الكفائى، نظير ما يذكر من وجوب التفقّه فى الدين، ويمكن أن يستفاد ذلك من قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ»،(۳) حيث إنّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه فى القيام بالقسط.

ولكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآيه المزبوره، بل استفاده نفوذه من دليل

۱- (۱) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵: ۴.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۹ من أبواب صفات القاضى.

۳- (۳) النساء: ۱۳۵.

....

الشَرح:

وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كما ترى، مع أنّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف والقيام بالقسط فيما إذا احرز أنّ أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يترك المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب ارشاد الجاهل والغافل فى الموضوعات، أو أحرز أنّ أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط.

وعلى كلّ حال سواء كان القضاء ولايه معطاه أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات وأحكامه، فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ القضاء ممّن له أهليته؛ فإنّ النفوذ مقتضى جعله حاكماً أو قاضياً، ومعنى نفوذه على المتخاصمين أنّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق وعدم سقوطه، وعلى السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر وعدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلك القضاء حتّى ما إذا كان القضاء فى موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعى الكلى.

وبهذا يظهر المراد من قولهم: إنّ الحكم لا ينقض بالفتوى ولكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهاداً أو تقليداً على خلاف قضاء القاضى تكون الواقعه الخاصه خارجه عن الفتوى المعتبره فى كلى تلك الواقعه، فيعمل فى تلك الواقعه على طبق القضاء، ولا يجوز لقاضٍ آخر نقض ذلك القضاء، حتّى لو عدل القاضى المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجاً عن الكبرى التى استنبطها عن الأدلّه لاحقاً، وهذا مقتضى ما دلّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتى بعض الموارد فى جواز النقض، كما يأتى أنّ القضاء لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعايه الواقع.

ص :٩

النظر الأوّل:

ص :١١

فی صفات القاضی

النظر الأوّل:

فی الصفات[۱].

الشَرح:

[۱] یقع الکلام فی صفات القاضی بالاضافه إلی القاضی المنصوب وبالاضافه إلی قاضی التحکیم.

فإنّ القاضی علی نحوین:

الاول: قاضی التحکیم، وهو أن یتراضیا أی الخصمان بنظر شخص فی واقعتهما وقضائه وفصل الخصومیه بینهما، وهذا القاضی یعتبر علمه بالقضاء وقوانینه فی تلک الواقعه، وإلّا کان حکمه وقضائه فیها من غیر علم فیکون ملعوناً ومع قضائه فیها بالعلم یکون قضائه نافذاً، ولکن لا یترتب علی هذا الشخص شؤون القاضی المنصوب من الزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمین الدعوی عنده أو الاجبار علی العمل بحکمه بعد قضائه.

ویشهد بنفوذ قضائه علیهما صحیحه الحلبی «قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ربّما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعه فی الشیء فیتراضیان برجل منّا، فقال: لیس هو ذاک إنّما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف والسوط».(۱)

فإنّ تجویز المراجعه إلیه ظاهره نفوذ قضائه وحکمه، وما فی ذیلها اشاره إلی قاضی الجور المنصوب من قبل الولاه فی عصره علیه السلام ، وقد ذکروا علیهم السلام أنّ المرافعه إلیهم إیمان بالجبت والطاغوت.

ص: ۱۳

۱- (۱) وسائل الشیعه ۱۸: الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۸: ۵.

....

الشَرح:

والثـانى: القاضـى المنصوب، وإنّمـا يتصور المنصوب بالنصب الخاص فى زمان الغيبه إذا كان للمتصـدى لأمر المسـلمين ولو فى بقعه من الأرض الولايه الشرعيه للزعامه عليهم وحفظ بلاد هم من كيد الأعداء وتحصيل الأمن لهم الموقوف على تعيين قاض أو قضاه فيها ممّن شـملهم النصب العام، وأمّا مجرّد النصب العام فقد تقدّم اسـتفاده اعطاء الولايه ممّا دلّ عليه بحيث يثبت لمن يعمّه النصب غير نفـوذ قضـائه مـع تراضـى المتخاصـمين بالمحـاكمه عنـده من سـائر الأثـار كالتصـدى لتنفيـذ قضـائه أو الزام الخصـم بـالحضور للمرافعه مع رجوع المـدعى إليه وغير ذلك ممّا يعـد من شؤون القاضـى كالحكم بثبوت موجب الحـد على الشـخص مشـكل وأن لا يبعـد الالتزام بأنّ من شـمله النصب العام له ذلك لا لـدلاله ما دلّ على النصب العام عليه بل للعلم بأنّ هذه الأُمور ممّا لابدّ من التصدى لها مع التمكّن والمتيقن من المتصدى لها من شمله النصب العام.

ودعوى اسـتفاده كـلّ ذلـك ممّا دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والقيام بالقسط والعـدل لا يمكن المساعـده عليها؛ لأنّ أدلّه الأمر بالمعروف لا تقتضى نفوذ أصل القضاء على المتخاصمين، فضلاً عن دلالتها على نفوذ غيره ممّا يترتب على نفوذ القضاء، بل لا يقتضى وجوب النظر فى أمر المترافعين إلاّ فيما إذا علم الشخص اجمالاً، بأنّ أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بـأنه منكر أو يترك المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هـذا العلم لا ـ للقضـاء، بـل للقيـام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

وممّـا ذكرنـا يظهر الحـال فى الاسـتدلال بالآـيه المبـاركه فـإنّ الآـيه غايتها أنّها تعم القضاء، وأمّا نفوذه والمقـدار النافـذ من فعل القاضى بعد قضائه فليست ناظره إليه،

ص :۱۴

اعتبار الذكوره فى القاضى

ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعداله، وطهاره المولد، والعلم، والذكوره.[۱]

الشَرح:

وبتعبير آخر لا يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهاده، فكما لا دلاله لها على شرائط الشهاده والقيود المعتبره فى نفوذها كذلك فى ناحيه القضاء، وإلّا جاز لكلّ أحد تنفيذ قضاء القاضى ولو بالتصرّف فى أموال المدّعى عليه، بدعوى أنّ التنفيذ ولو بالتصرّف فيها بعد قضاء القاضى بثبوت الدين مثلاً قيام بالقسط، مع أنّ مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف فى مال الغير بلا طيبه نفسه كون التصرّف المزبور جوراً على المدعى عليه.

[۱] لا ينبغى التأمّل فى أنّ نفوذ القضاء سواء فسّرت الولايه على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إنّ مقتضاه عدم الجعل فيحتاج اثبات النفوذ بمجرّده أو مع جواز الالزام بقضائه وتنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

وقد تقدّم أنّ الولايه على القضاء للنبى صلى الله عليه و آله ووصيه عليه السلام ، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «اتّقوا الحكومه فإنّ الحكومه للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبىّ»،(۱) وفى روايه اسحاق بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلّا نبى أو وصى نبى أو شقى»،(۲) ونحوها غيرها. ويخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

وقد تعرّض الماتن قدس سره أوّلاً لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله وطهاره المولد والعلم والذكوره، وتعرّض ثانياً لما قيل

۱- (۱) وسائل الشيعه ۱۸: الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۳: ۷.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۷.

....

الشَرح:

أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابه والبصر والحريه.

ولا يخفى أنّه لو بُنى على عدم وفاء الأدلّه اللفظيه لجعل الولايه على القضاء فى غير موارد التحكيم، واستفيد لزوم التصدّى للقضاء الابتدائى ممّا تقدّم من الدليل على الحسبه حفظاً للنظام وانتصافاً للمظلوم من ظالمه، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتقين إلاّ أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف فى مورد، وادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلك المورد والتصدّى للقضاء كالامامه فى الصلاه؛ حيث ورد فيها جواز امامه العبد وقبول شهادته، وكذا عدم اعتبار عرفان الكتابه والبصر فيهما، ولكن فى التعدّى منهما إلى القضاء تأمّل.

وكيف ما كان فلا ينبغى الاشكال والتردّد فى اعتبار البلوغ والذكوره فى القاضى، سواء أكان القاضى ابتدائياً أم قاضى تحكيم؛ لأنّه قد ورد فى معتبره سالم ابن مكرم وفى صحيحه الحلبى المتقدّمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى والمرأه.

ودعوى أنّ ذكر الرجل باعتبار أنّ الغالب فى العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضى التحكيم رجلًا مفروض فى السؤال فى صحيحه الحلبى، فلا يدلّ على التقييد، وبالجمله: ذكر الرجل أو فرضه فى السؤال لا يدلّ على الاختصاص ولا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى مقبوله عمر بن حنظله؛ حيث ذكر عليه السلام فيها: «ينظران إلى من كان منكم الخ»، فإنّها تعمّ من كان منهم بلا فرق بين الذكر والأنثى.

لا يمكن المساعده عليها، لا لضعف المقبوله سنداً، كما بنينا عليه سابقاً وعدلنا عنه فيما بعد، حيث إنّ عمر بن حنظله من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قدح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضاً لمّا علم من الشارع من ارادته الستر من المرأه وارادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض

....

الشَرح:

الشارع بامامتها للرجال، وقد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه فی وصيه النبی صلی الله عليه و آله لعلی: «يا علی ليس علی المرأه جمعه ولاـ جماعه إلی أن قال: ولاـ تولی القضاء، الحديث».(۱)

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو وقعت المخاصمه بين امرأتين وجعلتا امرأه أُخری قاضی التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها فی حقهما.

وكذا لاـ ينبغی التأمّل فی اعتبار كمال العقل والإيمان حيث ورد التقييد فی معتبره سالم بن مكرم الجمّال فی قوله عليه السلام : «انظروا إلی رجل منكم»، وفی المقبوله: «ينظران إلی من كان منكم»، وفی صحيحه الحلبی فرض فی السؤال كون الرجل المزبور قضائه من طائفه المتراضيين، فلا يعمّ شیء غير المؤمن من المخالف أو الكافر.

وممّا ذكر يظهر أيضاً وجه اعتبار العداله، فإنّ الفاسق لا يليق بمنصب القضاء أو جعل قضائه نافذاً بعد ما ذكر فی صحيحه سليمان بن خالد وغيرها أنّ القضاء لا يحقّ للنبی أو وصی نبی، مع أنّه يظهر من مقبوله عمر بن حنظله انّ اعتبار العداله فی القاضی كما مفروغاً عنه فی القاضی كفقاهته؛ حيث ذكر (سلام اللّه عليه) فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذی حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما فی الحديث وأورعهما.

أضف إلی ذلك أنّ الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامه فی الصلاه ولم يجعل شهاده الفاسق نافذه إلّا إذا دخلت فی الاقرار علی نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهيه عن الرجوع إلی قضاه الجور حتّی فيما كان قضاء الجائر حقاً وعلی طبق موازين القضاء.

ص: ۱۷

۱- (۱) وسائل الشيعه ۱۸: الباب ۲ من أبواب صفات القاضی، الحديث ۱: ۶.

فلاـ ينعقـد القضـاء لصبى ولاـ مراهق ولا لكافر، لأنّه ليس أهلاً للأمانه، وكـذا الفاسق، ويـدخل فى ضـمن العـداله اشتراط الأمانه والمحافظه على فعل الواجبات.

ولا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله، كما لا تصحّ امامته ولا شهادته فى الأشياء الجليله.

الشَرح:

وأمّـا الاسـتدلال على اعتبـار العـداله فى القاضـى، فيمكـن أن يقـال فى تـوجيهه بـأنّ الشـارع إذا نهى عن الركـون إلى الظـالمين بالاـشتراك فى ظلمهم أو تأييـدهم والرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطى الولايه على القضاء للظالم وفيها ما يقتضـى ركون الناس إليه.

وبالجمله لا يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشـريعه واعتباره التحفظ على حقوق الناس واستيفائها والانتصاف للمظلوم من ظـالمه بيـد الفـاسق، مع مـا ورد فيه من أنّه ليس إلاّـ لنبى أو وصـى، وعلى ذلـك فقيـاس القضاء بالروايه حيث لا يعتبر فى اعتبار الروايه عـداله راويهـا مع الفارق، بل مقتضـى ما ذكر اعتبار طهاره المولـد لما ذكر من عظم أمر القضـاء، والشارع لم يشـرع إمامه ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

وكـذا يعتبر فى القاضـى ابتـدائياً أو تحكيميـاً كمـال العقـل، ويقتضـى اعتبـاره انصـراف معتبره أبى خـديجه وغيرها عن المجنون والسـفيه بملاـحظه ما ورد من عظم القضاء وخطره، فإنّ ظاهرها بملاحظه ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضـى علمه صالحاً للقضاء، والمجنون والسـفيه لا يناسبان القضاء خصوصاً القاضى الابتدائى، حيث إنّ له استيفاء حقوق الناس المقتضى الولايه على التصرّف فى أموالهم مع توقف استفائها عليه، والمجنون والسفيه لا ولايه لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

ص :١٨

اعتبار الاجتهاد فی القاضی

وکذا لا ینعقد لغیر العالم، المستقل بأهلیه الفتوی [۱]، ولا یکفیه فتوی العلماء، ولابدّ أن یکون عالماً بجمیع ما وَلِیَه، ویدخل فیه أن یکون ضابطاً، فلو غلب علیه النسیان لم یجز نصبه، وهل یشترط علمه بالکتابه؟ فیه تردّد، نظراً إلی اختصاص النبی صلی الله علیه و آله بالرئاسه العامّه، مع خلوّه فی أوّل أمره من الکتابه والأقرب اشتراط ذلک، لما یضطر إلیه من الأُمور التی لا تتیسر لغیر النبی بدون الکتابه.

ولاـ ینعقد القضاء للمرأه وإن استکملت الشرائط، وفی انعقاد قضاء الأعمی تردد، أظهره أنّه لا ینعقد لإفتقاره إلی التمییز بین الخصوم وتعذر ذلک مع العمی إلاّ فیما یقل، وهل یشترط الحریه؟ قال فی المبسوط: نعم، والأقرب أنّه لیس شرطاً.

الشَرح:

[۱] یعتبر فی القاضی کونه عالماً بالقضاء، وظاهر الماتن اعتبار کونه مستقلاً بالفتوی، ولا یکفی مجرّد کونه راویاً للفتوی، ولا یتحقق الاستقلال بها إلاّ بالاجتهاد المطلق وکونه ضابطاً؛ لأنّ العلم فعلاً بالأحکام لا یتحقق مع غلبه النسیان، ولذا ذکر قدس سره : ویدخل فیه أی فی اعتبار العلم أن یکون ضابطاً.

وذکر فی الجواهر فی ذیل المتن: یعتبر فی القاضی أن یکون مجتهداً مطلقاً ولا یکفی التجزی ولا خلاف فیه، بل فی المسالک الاجماع علیه بلا فرق بین حالتی الاختیار والاضطرار.

ثمّ أورد علی هذا الاعتبار بهما حاصله: أنّه یظهر من بعض الآیات والروایات جواز الحکم بالحق من کلّ مؤمن کان عالماً بالاجتهاد کما ذکر أم بغیره، کقوله سبحانه: «وَإِذَا حَکَمْتُم بَیْنَ النَّاسِ أَن تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ»،(۱) و «یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ بِالْقِسْطِ»(۲) فإنّ من کون الرجل قیّماً بالقسط حکمه فی الواقعه بالحق والعدل، وقوله

۱- (۱) النساء: ۵۸.

۲- (۲) النساء: ۱۳۵.

....

الشَرح:

سبحانه: «وَمَن لَمْ يَحْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»،(۱) فإنّ مفهومه أنّ الحكم بما أنزل اللّه ليس من الفسق بل أمر واجب، وكذا يستفاد ذلک من قوله عليه السلام : «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنّه».(۲)

وبالجمله: مقتضى الروايات الكثيره المتعاضده أنّ كلّ من تعلّم أحكاماً خاصه بطريق معتبر وحكم بها بين الناس يندرج حكمه فى القسط والعدل والحق وغيرها من العناوين الوارده فى الكتاب المجيد، وما فى معتبره أبى خديجه سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناءً على أنّ ذلک يعمّ غير المجتهد.

والحاصل: يمكن القول بأنّه يندرج فى الحكم بالحق والعدل والقيام بالقسط تعلّم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح والحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر فى القضاء أصل الاجتهاد فضلاً عن الاجتهاد المطلق.

وأجاب عن ذلک بأنّه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر فى جواز القضاء والحكم بين لناس زائداً على العلم بالأحكام وهو النصب من قبل الإمام عليه السلام ، واستشهد على اعتباره بصحيحه سليمان بن خالد وخبر اسحاق بن عمّار المتقدّمتين، وعلى ذلک يقيّد اطلاق جواز الحكم بالحق والعدل والقسط بما إذا كان ذلک بالنصب، وقد ورد هذا النصب فى مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره أبى خديجه بناءً على اراده الاجتهاد منها، كما هو ظاهر المقبوله، أو يحمل القيام بالقسط والحكم بالحق فى الآيات والروايات المشار إليها بالقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

۱- (۱) المائده: ۴۷.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۷: الباب ۴ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶: ۲۲.

....

الشَرح:

المجرّدين عن القضاء وفصل الخصومه كما هو المراد فی المقام.

وناقش فی الجواب المزبور بأنّه لو كان النصب معتبراً أمكن دعوی تحقّقه بالاضافه إلی كلّ مؤمن يعلم من أحكامهم عليهم السلام ما يقضی به فی الواقعه سواء أكان بالاجتهاد أم بالتقليد الصحيح، كما تدلّ عليه روايه جميل عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «يغدو الناس علی ثلاثه أصناف: عالم ومتعلّم وغثاء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلّمون وسائر الناس غثاء»،(1) حيث إنّ ظاهرها تساوی الشيعه العالمين بالأحكام سواء أكان تعلّمهم بالمشافهه أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلک من خبر عبداللّه بن طلحه عن أبی عبداللّه عليه السلام أيضاً الوارد فی السارق الذی قتلته المرأه التی دخل بيتها ليسرق وفجر بها بالاكراه وقتل ابنها، حيث أمر الإمام عليه السلام السائل بالقضاء فی الواقعه بما أجاب.(2)

والنهی أو الانكار عن القضاء أو علی القضاه يرجع إلی المعرضين فی القضاء عن التمسک بحبلهم وأحكامهم عليهم السلام والأخذ بآرائهم وقياساتهم وغير ذلک من الباطل الذی لفَقوه من عندهم واستغنوا بذلک عن تتبع أحكام الأئمّه عليهم السلام ، واستشهد لذلک بصحيحه الحلبی المتقدّمه: «قال: قلت لأبی عبداللّه عليه السلام : ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعه فی الشیء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاک إنّما هو الذی يجبر الناس علی حكمه بالسيف والسوط».(3)

ولو سلم عدم دلاله النصوص علی نصب كلّ شيعی عالم بأحكامهم كما ذكر فلا

1- (1) وسائل الشيعه 27: الباب 3 من أبواب صفات القاضی، الحديث 5: 18.

2- (2) المصدر نفسه: الباب 24 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 2: 62.

3- (3) وسائل الشيعه 19: الباب 23 من أبواب قصاص النفس، الحديث 2: 45.

....

الشَرح:

أقل من عدم الدلاله على عدم النصب.

بـل لو تأمّـل المتأمّل فى القضاه الـذين كانوا زمان النبى صـلى الله عليه و آله وأمر الناس بالترافع إليهم لوجـد جلّهم قاصـرين عن مرتبه الاجتهاد وكان قضاؤهم وحكمهم بما سـمعوا عن النبى صـلى الله عليه و آله ، فالالتزام بقصور من تعلّم جمله من أحكامهم مشـافهه أو اجتهاداً أو بتقليـد صـحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات والروايات المشار إليها، ونصب خصوص المجتهـد زمان الغيبه بنـاءً على ظهور المعتبره والمقبوله فيه لاـ ينـافى نصب غيره للقضـاء أيضـاً، فيكون نصب المجتهـد بـالنصب العام على وجه يكون للإمـام عليه السـلام من الرئـاسه العـامه للتصـرّف بالقضـاء وغيره من الولايات، ومن تلك الولايات نصب القاضـى، فيجوز للمجتهد نصب مقلّده للقضاء بفتواه فى المنازعات المرفوعه إليه ولا تكون هذه الرئاسه لغيره.

والمتحصـل: أنّ اشتراط الاجتهاد فى القاضـى الموجب لعـدم جواز القضاء لغيره من العالم بالأحكام بالتقليـد الصـحيح كاشتراط البصـر والكتابه والحريه ونحو ذلك يناسب الاسـتحسان والقياس ونحوهما ممّا ذكره العامّه ولا يناسب الروايات المنقوله إلينا عن الأئمه عليهم السـلام ، ودعوى الاجماع فى المسأله لا يمكن المساعده عليها حيث حكى فى التنقيح عن المبسوط بأنّ فى المسأله أقوالاًـ ثلاـثه: منها جواز تصـدى العامى للقضاء، بحيث أن يسـتفتى المجتهـد ثمّ يقضـى وإذا كان جواز التصـدّى من العامى قبل تعلّمه قولاً فكيف يـدّعى عـدم الجواز لمن تصـدّى للقضاء بعـد الاسـتفتاء وتعلّم جمله من الأحكام بحيث يقضـى فى الواقعه بما يعلمه!

وذكر قـدس سره فى آخر كلامه: ولو سـلم اعتبار النصب أو غيره من الشـرائط ممّا ذكروه فى القاضـى من الكتابه والبصـر ونحو ذلك فلا وجه لاعتبارها فى جواز الافتاء، حيث إنّ

....

الشَرح:

الفتوى بالاجتهاد الصحيح حكم بما أنزل اللّه والعدل والقسط فيجوز ويجب الأخذ بها بعد كونها مندرجه فى العدل والحكم بما أنزل اللّه والقيام بالقسط ولا يحتاج إلى النصب كما هو مقتضى جوازها ووجوب الأخذ بها فيكون شروط القضاء غير شرط الفتوى، نعم يمكن استفاده اعتبار الفتوى من دليل جواز القضاء فإنّ الحكم الخاص الذى طبق على واقعه ويعبّر عنه بالقضاء إذا كان حقاً وعدلاً وقسطاً كانت الكبرى المنطبقه عليها حقّاً وعدلاً وتلك الكبرى تعتبر هذا ملخص كلامه الطويل العريض فى المقام.

أقول: أمّا قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ»،(۱) ظاهره ولا أقل من المحتمل كون المراد من القيام بالقسط هى الشهاده بالحق وعدم العدول عنه، ويؤيده قوله سبحانه فى سوره المائده: «يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ»،(۲) وعلى تقدير كون المراد القيمومه بالقسط فى كلّ مقام حتّى عند القيام بالقضاء بين الناس، بأن يكونوا شهداء للّه خبراً بعد خبر فليس لها دلاله على نفوذ القضاء من كلّ شخص، لعدم كونها فى مقام بيان شرائط القاضى، بل فى مقام بيان العدل والحق فى كلّ الأُمور ومنها القضاء، كما أنّ الأمر بكون الناس شهداء للّه لا يقتضى قبول الشهاده فى كلّ مقام عن كلّ شخص كما إذا كانت على الغير ولم يكن عادلاً.

وبتعبير آخر: شمول قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» للقضاء بين الناس، مثل قوله سبحانه: «وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(۳)

۱- (۱) النساء: ۱۳۵.

۲- (۲) المائده: ۸.

۳- (۳) النساء: ۵۸.

....

الشَرح:

فی مقام اعتبار القسط فی الحکم، وأمّا الأُمور المعتبره فی الحاکم فلا نظر له إلی ذلک، فلا یمکن التمسّک بشیء منهما فی دفع احتمال بعض الأُمور المحتمل اعتبارها فی الحاکم کالاجتهاد وکونه رجلاً، لاحظ قوله سبحانه: «إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ»(۱) فإنّه لیس فی مقام بیان الأُمور المعتبره فی المطلق، ولو شک فی اعتبار کون المطلق زوجاً أو یصحّ طلاق الولی أیضاً فلا یمکن التمسّک به فی اثبات صحّه طلاق الولی.

وممّا ذکرنا یظهر ما عن بعض الأصحاب قدّس سرّه من رفع الید عن اطلاق الآیات بما ورد فی نفوذ القضاء من کون القاضی راویاً للحدیث والناظر فی الحلال والحرام والعالم بقضایاهم من العناوین التی لا تصدق علی العامی ولو مع تعلّمه عدداً من القضایا من مجتهده لا یمکن المساعده علیها.

والحاصل: أنّ الکلام فی المقام فی شرائط القاضی بحیث ینفذ حکمه لا فی شرائط حلیه ابراز الحکم الشرعی والحق فی الواقعه؛ ولذا لا یمکن التمسّک فی المقام أیضاً بقوله سبحانه: «وَمَن لَمْ یَحْکُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ فَأُوْلئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»(۲) فإنّ مفهومه أنّه لا محذور تکلیفاً علی الشخص إذا کان حکمه بما أنزل اللّه، وأمّا ما یعتبر فی نفوذ ذلک الحکم فلا تعرض فیه لذلک، ونظر ذلک ما ورد فی رجل قضی بالحق وهو یعلم.

نعم ربّما یستدلّ علی عدم اعتبار الاجتهاد ولو بنحو التجزی فی قاضی التحکیم بالاطلاق فی صحیحه الحلبی «قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ربّما کان بین رجلین من أصحابنا المنازعه فی الشیء فیتراضیان برجل منّا فقال: لیس هو ذاک الحدیث». بعد تقییدها بکون الرجل عادلاً یعلم القضاء فی تلک الواقعه ولو تقلیداً، أخذاً بما دلّ علی

۱- (۱) الطلاق: ۱.

۲- (۲) المائده: ۴۷.

....

الشَرح:

عدم نفوذ الفاسق وعدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

ولكن قد تقدّم أنّ مدلول مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمربتوافق الخصمين فى الرجوع إلى من ذكر فيهما والرضا بحكمه مقتضاه ذلك ولو كان المراد القاضى الابتدائى لكان تعيين المراجعه إليه بيد المدعى، لمّا يأتى من أنّ تعيين القاضى حق للمدعى والمدعى عليه ملزم بالاستجابه عند رجوع المدعى إلى القاضى الابتدائى، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى ذيل المقبوله من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلًا وتراضيهما بكونهما ناظرين فى منازعتهما، ولو كان القضاء ابتدائياً لكان الحكم هو الذى عيّنه المدعى، وينفذ حكمه على المتخاصمين.

أضف إلى ذلك أنّ المقبوله والمعتبره لم يفرض فيهما زمان الغيبه، بل المتيقن من الأمر فيهما بالمراجعه إلى من وصفه عليه السلام زمان حضوره، ومن الظاهر أنّ فى ذلك الزمان لم يكن القضاء من أصحابه عليه السلام كالقضاء ممّن له شؤون القاضى من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق اللّه من العقوبات لأنّ هذا الاستيفاء يتوقف على القدره والسيطره التى كانت بيد المخالفين، ولا تحصل للشخص إلاّ أنّ يكون بيده ولايه البلاد وإمارتها أو بكونه منصوباً بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلك، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ عدم التمكّن من العمل بمقتضى الولايه لا ينافى ثبوت الولايه.

هذا كلّه بالاضافه إلى اشتراط الاجتهاد وعدمه فى القاضى، وأمّا اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابه والبصر والحريه و غير ذلك فقد تقدّم أنّ مقتضى الاطلاق فى دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شىء منها، فيكفى فى القاضى البصيره ولا يلزم البصر وكذا فى غيره.

اشتراط ثبوت الولايه بإذن الإمام أو منصوبه

وهنا مسائل:

الأُولى: يشترط فى ثبوت الولايه اذن الإمام عليه السلام [۱] أو من فوّض إليه الإمام، ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه وترافعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم ولا يشترط رضاهما بعد الحكم، ويشترط فيه ما الشَرح:

[۱] ظاهر كلامه قدس سره أن نصب الإمام عليه السلام أو من فوّض إليه أمر النصب شرط فى نفوذ القضاء من القاضى الابتدائى فلا ينفذ القضاء من غير المجاز إلاّ بنحو التحكيم، ويعتبر فى قاضى التحكيم الشرائط المعتبره فى القاضى الابتدائى ومنها الاجتهاد كما تقدّم.

ثمّ ذكر قدس سره أنّ مع عدم إذن الإمام ينفذ القضاء الفقيه الجامع لشرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت عليهم السلام ، وتمسّك فى ذلك بقول أبى عبداللّه عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «فاجعلوه قاضياً فانّى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالاذن الاذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضى التحكيم والقاضى الابتدائى بأنّه ليس فى قاضى التحكيم الاذن الخاص، ولذا لا ينفذ حكمه إلاّ مع تراضى الخصمين بكونه حاكماً فى منازعتهما، إلاّ أنّه يرد عليه أنّه كيف يمكن القاضى الابتدائى مع عدم إذن الإمام عليه السلام .

فان قيل: انّه لا يعتبر مع عدم حضور الإمام عليه السلام الاذن الخاص فى القاضى الابتدائى، فيقال: إن كان المستند لعدم اعتباره معتبره أبى خديجه وروايه عمر بن حنظله وغيرهما فهى تعم زمان حضور الإمام عليه السلام بل ذلك الزمان مقطوع من مدلولها.

وبالجمله: نفوذ القضاء بلا إذن خاص فى زمان غيبه الإمام عليه السلام خاصه خارج عن مدلول تلك الأخبار، إلاّ أن يراد من عدم الإمام عدم التمكّن من الرجوع إليه، سواء أكان زمان الحضور أم زمان الغيبه.

....

الشَرح:

وإن كان المراد بالإذن الأعم من الاذن الخاص، كما هو المعروف فى كلمات الأصحاب فكيف يتصوّر قاضى التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضى الابتدائى. والحاصل: لم يظهر لى ما يجمع شمل كلام الماتن فى المقام.

وأيضاً إن أراد ممّا ذكره قدس سره من جواز القضاء بنحو التحكيم فى جميع الأحكام تمام المرافعات والمنازعات، فهو وإن أراد استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس وحقوق اللّه من العقوبات الشرعيه فمن المعلوم أنّه ليس فى البين ما يدلّ على جواز ذلك لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غايه ما يستفاد من صحيحه الحلبى المتقدّمه نفوذ قضائه فى المنازعات والمرافعات، بل استفاده العموم من معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله أيضاً مشكل.

نعم، لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبه التصدى للقضاء بنحو القاضى المنصوب الخاص، واستيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، واجراء الحدود والتعزيرات على مرتكبى موجباتهما؛ حفظاً لحقوق الناس ونظام البلاد؛ وكون من له القضاء هو المتيقن ممّن تقتضى خطابات الحدود والتعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثمّ إنّه يكفى فى القاضى فى واقعه علمه بحكمها، ولو بنحو التجزى فى الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد فى معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله عليه، فإنّ العلم بالأحكام المتعارف فى ذلك الزمان وعرفانه بها والنظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعيه إلى الشخص وعرفانه مداليلها بمقدار يعتدّ بها، وهذا أقلّ مراتب الاجتهاد، ونصب القاضى فى زمان النبى صلى الله عليه و آله أو فى زمان على عليه السلام قد وقع لهذا النحو من العالم، واستظهار جواز القضاء لمن تعبّد بفهم الغير من تلك الخطابات والروايات وان صدق عليه أنّه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشكل جداً؛

عدم جواز الترافع إلى قضاه الجور

يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام ويعمّ الجواز كلّ الأحكام ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات المشترطه فى الفتوى، لقول أبى عبداللّه عليه السلام : «فاجعلوه قاضياً فإنّى جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»، ولو عدل والحال هذه إلى قضاه الجور، كان مخطئاً[١].

الشَرح:

لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلّم بنحو المعهود فى ذلك الزمان.

بل فى البين أمر آخر وهو أنّه إذا فرض مع عدم حضور الإمام عليه السلام الولايه الشرعيه بتنظيم أمر البلاد والتحفظ عليها للفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه ادخالاً لأمر تنظيم أُمور البلاد والتحفظ عليها فى أُمور الحسبه، فالتصدى للقضاء وسائر شؤون القضاء واستيفاء الحقوق والعقوبات الشرعيه بلا استيذان من ذلك القائم بأمرنظام البلاد والتحفظ بها فيما إذا أوجب ذلك موجباً لبعض الاختلال فيها وضعف القوه المركزيه لحوزه الإسلام، التى تصدى لها الفقيه الجامع لشرائط الفتوى أو المنصوب والمجاز من قبله مشكل إلاّـ بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفاده القضاء الابتدائى من المقبوله ومعتبره أبى خديجه فلا ينبغى التأمّل فى أنّ المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أنّ الأصل عدم نفوذ القضاء فلابدّ فى الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها والتحفظ عليها ملحقاً بحكّام الجور يكون أمر القضاء فى المنازعات داخلاً فى مداليل الروايات المشار إليها.

[١] لا خلاف فى عدم جواز الترافع إلى قضاه الجور مع التمكّن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء واستيفاء حقه بحكمه.

ويقال: وكذا المراجعه إلى مطلق من ليس أهلاًـ للقضاء؛ ويشهد لذلك مثل معتبره أبى خديجه المتقدّمه، فإنّ عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله عليه السلام : «إيّاكم

....

الشَرح:

أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور»، ونحوها غيرها.

ولكن يمكن دعوى أنّ التحذير المزبور لا يعمّ مطلق من لا يكون أهلاً للقضاء، بل مثل القضاه فى ذلك العصر ممّن كانوا من أصحاب الصوله والسيطره ومستقلين فى قضاياهم ولو بالقياسات والاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمه عليهم السلام .

وعلى ذلك فلا يكون فى المراجعه إلى غير أهله من العالم بقضاياهم عليهم السلام مع فقده بعض الأُمور المعتبره فى القاضى إلاّ الحكم الوضعى وهو عدم نفوذ قضائه، فلا يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجّه معتبره من الخارج أنّه حقّه، بخلاف ما إذا أحرز ذلك، فلا يكون عليه فى أخذه أىّ محذور.

وقيل بحرمه اعانه الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعه إليه، يعنى إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، والمراجعه إليه من اعانته على ارتكابه المحرم.

ولكن ذكرنا فى المكاسب المحرّمه أنّ فى حرمه مجرد اعانه الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلاً فى عنوان الاعانه على الظلم على الغير ومن غير كونه تعاوناً على الأثم والعدوان تأمّلاً، وأيضاً فى حرمه قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعه مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأمّل، وإنّما لا يكون قضاؤه جائزاً وضعاً، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء والكذب على الشارع.

وكيف ما كان فلو توقّف استنقاذ حقّه المعلوم والمحرز على المراجعه إلى قاضى الجور أو من ليس أهلاً للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن قدس سره وغيره، والوجه فى ذلك أنّ التحذير فى معتبره أبى خديجه وغيرها منصرف إلى صوره امكان فصل الخصومه بالمراجعه إلى من كان أهلاً له ولو بنحو التحكيم، ولو فرض الاطلاق وعدم

....

الشَرح:

الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعده نفى الضرر الحاكمه عل المحرمات، ومنها المراجعه إلى أهل الجور أو حرمه الاعانه على إثم الغير وارتكابه الحرام.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جماعه من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل إنّه إن أخذ حقّه بالمراجعه إلى غير الأهل للقضاء فى فرض حرمه المراجعه إليه لا يحلّ له ذلك الحق وإن كان ثابتاً فى الواقع.

وقد ورد ذلك فى معتبره عمر بن حنظله التى وصفوها بالمقبوله لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، وعباره عدّه من الأصحاب كعباره الماتن خاليه عن ذكر ذلك. وناقش بعضهم فى الروايه بضعف السند لعدم ثبوت توثيقٍ لعمر ابن حنظله، ولكن ذكرنا أنّ الرجل من المعاريف، ولم يرد فى حقه قدح.

نعم، لا ـ موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمه عيناً وكان الشخص محرزاً أنّها ماله، فإنّ مقتضى كونها ماله جواز تصرّفه فيها والحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، والدين وان يتعيّن فى المال الخارجى باعطاء المديون بقصد الوفاء، وهذا لاقصد حاصل فى فرض الروايه، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعاً، كما هو المفروض فى المعتبره من كون مورد السؤال فيها الشبهه الحكميه.

ومن هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لمّا ذكرنا أنّ المفروض فيها الشبهه الحكميه، ومع عدم نفوذ قضاء القاضى لا سبيل للشخص إلى إحراز حقّه ليجوز له بحسب الحكم الظاهرى.

وبتعبير آخر: المفروض فى المعتبره اختلافهما فى الدين والميراث، فالأوّل يختصّ بغير العين والثانى يعمّ العين والدين، ويلتزم بأنّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلاّ بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرّف ولو كان محقاً فى الواقع

الثانیه: تولی القضاء مستحب لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه[۱]، وربّما وجب ووجوبه علی الکفایه، وإذا علم الإمام أنّ بلداً خالٍ من قاضٍ لزم أن یبعث له. ویأثم أهل البلد بالإتفاق علی منعه ویحلّ قتالهم طلباً للاجابه، ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم یجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام قال فی الخلاف: لم یکن له الامتناع لأنّ ما یُلزم به الإمام واجب، ونحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا یلزم بما لیس لازماً، أمّا لو لم یوجد غیره تعیّن هو ولزمه الاجابه، ولو لم یعلم به الإمام وجب أنّ یعرّف نفسه لأنّ القضاء من باب الأمر بالمعروف. وهل یجوز أن یبذل مالاً لِیَلی القضاء؟ قیل: لا لأنّه کالرشوه.

الشَرح:

فی موارد الدین والعین، ولو سلّم أنّ الروایه تعم العین والدین حتّی ما إذا کان الاختلاف فیهما لاختلاف الموضوع لا الحکم الکلی، فیلتزم بعدم الحل لکنّه عدم الحل فی خصوص المراجعه إلی المفروض فیها من السلطان الجائر والقاضی المنصوب من قبله.

[۱] ذکر الماتن قدس سره استحباب تولی القضاء لمن یثق بنفسه ویجد لنفسها شرائط القضاء، وقد یجب کفایه، ویظهر من آخر کلامه أنّ وجوبه فی موارده من جهه وجوب الأمر بالمعروف، وکأنّ حکم القاضی بین المتخاصمین داخل فی عنوان الأمر بالمعروف فیجب حیث قال: ولو لم یعلم الإمام من یکون له شرائط القاضی مع انحصار واجدها به وجب أن یعرّف نفسه طلباً لنصب الإمام؛ لأنّ القضاء من الأمر بالمعروف.

وفیه ما تقدّم من أنّ وجوب القضاء لا یرتبط بمسأله وجوب الأمر بالمعروف، کیف وقد لا یکون من یلزم بالدین علی صاحبه لاثباته ذلک الدین بالبینه معروفاً واقعاً لخطأ البینه، أو لأنّ المنکر قد أدّی الدین ولکن لعدم البینه له علی الاداء أنکر الدین إلی غیر ذلک من الموضوعات التی لا یجب فیها ارشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

....

الشَرح:

وكيف كان فالمذكور فى كلام جماعه من الأصحاب أنّ القضاء مستحب عينى وواجب كفائى.

ويورد على ذلك بأن الاستحباب التعيينى وإن يجتمع مع الوجوب التخييرى كما فى كفاره شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبه تخييراً مع كونه مستحباً تعييناً، حيث انّ الوجوب فى موارد التخييرى يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلك الجامع امراً انتزاعياً اعتبارياً كعنوان أحدهما فلا يتعلّق الوجوب بعتق الرقبه، بل يتعلّق بالجامع ويكون العتق مصداقاً له، فلا منع فى كون تطبيق الواجب عليه مستحباً تعييناً، وأمّا فى موارد الوجوب الكفائى فاجتماع الوجوب الكفائى فى فعل مع كون ذلك الفعل مستحباً عينياً غير ممكن؛ لأنّ التكليف فى موارد الوجوب الكفائى يتوجه إلى كلّ واحد من المتعددين، غايه الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم مغَيّى بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث إنّ توجه التكليف و البعث الى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإنّ الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعيه مثل ملكيه الزكاه للفقير و سهم الساده للهاشمى الفقير.

وعلى ذلك فمع توجه التكليف الوجوبى إلى فعل الشخص، ولو مع كونه مغَيّى بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلك الفعل مستحباً لذلك الشخص، خصوصاً بملاحظه أنّ الاستحباب أيضاً يكون كفائياً لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

وقد نقل فى الجواهر فى الجمع بين الاستحباب العينى و الوجوب الكفائى بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفائى قبل قيام الغير بشؤون القضاء فى الواقعه والاستحباب النفسى ممن يثق بنفسه يتعلّق بالقضاء فى تلك الواقعه بعد تصدى الغير وقيامه بمقدمات القضاء فيها.

الثالثه: إذا وجد إثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعتبره فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز، وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز[١ [لأنّ خلله ينجبر بنظر الأمام.

الشَرح:

وناقش فيه بأنّهم لم يقيّدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفائى وقيام الغير بشؤون القضاء فى واقعه، مع أنّ الوجوب الكفائى لايسقط بمجرّد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئه نفسه للاتيان به، وذكر أنّ الأولى أن يقال: إن التولى للقضاء عن الإمام عليه السلام مستحب نفسى لمن يثق من نفسه و لايجب على غير الإمام عليه السلام التولى على ما تقدم من الروايات و فى بعضها من أن ّالقضاء لنبى أو وصى نبى، نعم ربّما يجب التولى إذا كان مقدمه للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولى القضاء متمكّناً منهما كما يجب فيما أمر الإمام عليه السلام بالتولى، ولعل ما ذكر المصنّف رحمه الله يرجع إلى ذلك، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إنّ تولى القضاء بجعل نفسه فى معرض المرافعه إليه مع شمول الاذن و النصب له وإن كان واجباً كفائياً مع عدم الانحصار، و عينياً مع الانحصار، حفظاً للنظام و حسماً للمخاصمه و المنازعه بين الناس الموجبه لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياع الحقوق، إلاّ أنّ وجوب القضاء فى كل واقعه ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعى الحق فى العفو والاغماض، حتى على تقدير حقه واقعاً، وفى مثل ذلك إذا اطمئن من نفسه بايصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحباً لما فيه اعانه وسعى فى قضاء حاجه المؤمن ونحو ايصال الحق إلى صاحبه.

[١] ذكر قدس سره إذاكان اثنان بشرائط القاضى، ولكن اختص أحدهما بالفضيله، يعنى بالأعلميّه فى مسائل القضاء ، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، وهل يجوز له ترك

....

الشَرح:

الأفضل و نصب المفضول؟ فيه تردد، ولكن الأظهر جوازه؛ لأنّ الخلل الحاصل بترک نصب الأفضل ينجبر بکون الإمام ناظراً إلی قضاء المفضول.

وأورد عليه فی الجواهر أنّه قـد لا يکون الإمام عليه السـلام قريباً ليطلع علی حکم المفضول فی الوقائع المرفوعه إليه، و إنّ أصـل فرض المسـأله خـال عن الثمره، حيث إن الإمـام عليه السـلام أعلم بمـا يفعـل مـع حضوره والعمـده التکلّم فی نواب الغيبه الـذين بيـدهم القضـاء فی الوقـائع، و أنّه هـل يجوز المرافعه إلی المفضول منهم فی القضاء أو الفتوی ولو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضول فی القضاء أو الفتوی ولو اجمالاً؟ فاختار الجواز أخـذاً بالاطلاق فی أدلّه النصب العام من قوله عليه السـلام «انظروا إلی رجل منکم يعلم شيئاً من قضايانا»، فإنّه عليه السلام لم يقل انظروا إلی الأفضل منکم، وإذا کان قضاء المفضول مع وجود الأفضل نافـذاً فلا۔زمه اعتبـار فتواه فی کلّی تلـک الواقعه؛ لأ۔نّ الحکم الکلّی يکون من الحق والقسـط وما أنزل اللّه، فيسـتفاد جواز تقليد المفضول من جواز المحـاکمه إليه، أضف إلی ذلک السـيره المسـتمره من المتشـرعه، فانّها کانت جاريه علی الرجوع فی الوقائع المبتلی بها إلی نواب الإمام عليه السلام مع العلم باختلافهم فی مراتب الفضل.

لايقـال: لا۔يمکن التخيير بين الأفضـل و المفضول مع العلم باختلافهمـا، کيف قـد ورد فی بعض الروايات تعيّن حکم الفاضل و ترجيحه علی حکم غيره.

فـانّه يقـال: ان مـا أُشـير إليه فی بعض الروايـات نـاظر إلی ما إذا اتفق المتخاصـمين علی المراجعه إلی الفاضل و المفضول دفعه، فاختلفا فی حکم الواقعه فإنّه فی هـذا الفرض لايمکن التخيير ولاترتفع المخاصـمه، فلابـد من ترجيح أحدهما، ولذا ذکر فيها أنّه مع فقد الترجيح يتوقف حتی يلقی الإمام عليه السلام ولاينافی ذلک التخيير ابتداءً فی

....

الشَرح:

رفع أصل المخاصمه بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمّل فى أدلّه النصب ومنها صدر المقبوله يقضى تجويز الرجوع الى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسأله الرجوع إلى الأعلم فى مقام الاستفتاء فهى خارجه عن البحث فى المقام، وقد تقدم أنّه لاملازمه بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، والكلام فى المقام فى نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، والأظهر بحسب معتبره أبى مريم و معتبره عمر بن حنظله جواز الرجوع إلى كل منهما، ولكن بما أنّ نفوذ القضاء واعتباره كنفوذ الفتوى واعتبارها طريقىّ فلا إطلاق لهما بالاضافه إلى صوره العلم باختلاف الفاضل و المفضول فى القضاء فى الواقعه التى يراد رفعها إلى القضاء.

وبتعبير آخر: لا يدخل هذا الفرض فى مدلول معتبره أبى مريم و صدر معتبره عمر بن حنظله.

نعم يستظهر من ذيل الثانيه اعتبار قضاء الأعلم، حيث لايحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعه إليه مع المراجعه إلى المفضول وبين الاتفاق على المراجعه إلى الأعلم خاصه من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدى للقضاء حفظاً للنظام واستيفاءً لحقوق بعض الرعيه على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضاً نفوذ قضاء الفاضل مع احراز اختلاف قضائه مع المفضول.

بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان فى بقعه من الأرض زعامه اسلاميه بحيث يمكن احراز الولايه الشرعيه للمتصدى لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان فى نصبه كفايه، لأنّ نفوذ نصبه بالاضافه إلى الأفضل محرز و غيره مشكوك.

وربّما يدل عليه ما فى العهد المعروف إلى مالك الأشتر من قوله عليه السلام «اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك»،(۱) ولكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۹: ۱۶۳.

الرابعه: إذا اذن له الإمام فى الاستخلاف جاز ولو منع لم يجز، ومع اطلاق التوليه إن كان هناك اماره تدلّ على الاذن، مثل سِعه الولايه التيلا تضبطها اليد الواحده جاز الاستنابه وإلّا فلا، استناداً إلى أنّ القضاء موقوف على الإذن[١].

الشَرح:

الأفضل الموجود فى البلد وماحوله بحيث يمكن لعامه الناس فى ذلك البلد أو ماحوله من الرجوع إليه، فانّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعلم غير محتمل، حيث لاتتيسّر لجميع الناس المرافعه إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنّه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواه الفتوى أو الرجوع إلى رساله الأعلم.

نعم لا يبعد أن يكون الأمر فى القضاء أيضاً كذلك فيما إذا كان اختلاف المترافعين ومنازعتهما ناشئه عن جهلهما بالحكم الشرعى الثابت للواقعه التى ابتليا بها، حيث إنّه ترتفع منازعتهما برجوعهما إلى فتوى الأعلم من غير حاجه إلى القضاء.

[١] ذكر قدس سره انّه لو أذن الإمام عليه السلام لمنصوبه الخاص فى الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه ولو منع عن الاستخلاف لم يجز، ومع اطلاق توليته القضاء وتفويضه إليه فإن كان فى البين قرينه تقتضى الاذن فى الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعاً لا يتيسّر فيه القضاء بوحده جاز الاستخلاف، ومع عدم القرينه فلا يجوز لأنّ القضاء من غير الإمام عليه السلام موقوف على اذنه عليه السلام وقد تحقق بالاضافه إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم فى المقام التكلم فى زمان الغيبه وانّ المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستنيب غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلاً فى النصب العام كأن يوكّل المجتهد مقلّده البصير فيأمر القضاء أن يقتضى بفتاواه فى الوقائع التى ترفع إليه، بأن يطبق على تلك الوقائع فتاواه التى ذكرها فى رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

....

الشَرح:

فقـد ذكر فی الجواهر جواز ذلـک ونقله عن المحکی عن الفاضـل القمی وقال: لابأس بـذلک لولم یکن اجماع علی خلافه کما لهجت بـدعواه ألسنه المعاصـرین وبعض من تقـدّمهم، وقال: لایرد علی ذلک باختصاص النصب العام بالمجتهـد، فکیف یکون قضـاء غیره نافـذاً، فـإنّ اختصـاص النصب العـام للمجتهـد یقتضـی عـدم نفوذ حکم غیره مسـتقلاً، لاـ عـدم نفوذ حکمه ولوکـان بالتوکیـل عن المنصوب، فـانّ للمجتهـد الولاـیه علی القضاء نظیر ماکان للإمام علیه السـلام علی ماهو ظاهر روایه عمر بن حنظله وکماکان للإمام علیه السـلام الاستنابه للقضاء بقضایاه علیه السلام کذلک للمجتهد الاستنابه وتولیه الحکم بفتاواه التی هی عدل وقسط وحکم بماأنزل اللّه؛ انتهی.

ولاـ یخفی أنّ غـایه مایسـتفاد من النصب العـام أنّ للعـالم بقضایاهم أن یقضـی فی الوقائع التی ترفع إلیه، وأمّا أنّ له التوکیل بأن یوکّل الغیر فی القضاء فیها فلا.

وبتعبیر آخر: ان مقتضـی جعل شـخص حاکماً أو قاضـیاً کما هو مقتضی معتبره أبی خدیجه ومقبوله عمر بن حنظله هو قیام مبدء القضـاء والحکم بـذلک الشـخص لا الأعم من قیامه به وبمن هو من قبله، إلاّ أن یثبت أنّ القضاء نظیر البیع والنکاح والطلاق من الاُمور التی تسـتند إلی الشـخص بالتسبیب والوکاله، کما أنّه لم یحرز أنّه من الأفعال التی تسـتند عرفاً إلی غیر المباشر أیضاً، کما فی الحلق والذبح والتصدّق.

ولیس فیمـا ورد بمشـروعیه الوکـاله عموم یـدخل فیه القضـاء. والتمسّک فی مشـروعیه التوکیل فی القضاء بمثل روایه معاویه بن وهب وجابر بن یزید غیر صـحیح؛ فإنّها وارده فی بیان حکم آخر، وهو استمرار الوکاله فیأمر إلی زمان وصول العزل إلی الوکیل بعد مشروعیه الوکاله فی ذلک الأمر.

وبالجمله: الثابت هو أنّ قضاء المجتهد قضاؤه علیه السلام وأمّا أنّ قضاء وکیل

....

الشَرح:

المجتهد قضاؤه عليه السلام فهذا غير ظاهر، ومقتضى الأصل عدم النفوذ.

هـذا كلّه إذا وكّل المجتهد مقلّده، وأمّا إذا وكّل مجتهداً آخر لا يجوز لذلك المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولاً و مع الأفضل فى البلد فالأمر أيضاً كـذلك، بل الأمر فيه اشكل فإنّه وإن وكّله فى القضاء بعلمه فالمفروض أنّ القضاء عنه بعلمه غير نافذ فى الواقعه، وإن وكّله فى القضاء بفتوى الموكّل فالمفروض أنّ ذلك المجتهد لا يرى فتواه حكم اللّه والحق والعدل فكيف يكون قضاؤه بالحق والعدل وبما أنزل اللّه.

وأجاب عن ذلك السيد اليزدى قدس سره بأنّ دليل اعتبار ظن المجتهد على حدّ سواء بالاضافه إلى المجتهدين، ولكن لم يظهر وجه صحيح لـذلك الجواب، فإنّ مقتضاه أن يترك ما استفاده من الأدله والأخذ فى الواقعه بفتوى الغير، وكيف يمكن لمجتهد أن يترك مقتضى خطاب الشرع بنظره ويتعبّد بمايراه مقتضى خلاف ظاهره.

ثمّ إنّه قد يقال: إذا اقتضت المصلحه توليه القضاء لغير الواجد لشرائط القاضى كغير العالم أو غير العادل فللإمام عليه السلام توليته، ويستدلّ على ذلك بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، وانّ الاضطرار إلى فعل كمايرفع حرمته كذلك الاضطرار إلى ترك رعايه شرط يرفع اشتراطه، وعلى ذلك فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عداله يوجب جواز المرافعه إليه، بل نفوذ قضائه وجواز نصبه.

أقول: الاضطرار، تاره: يلاحظ بالاضافه إلى وليّ الرعيه حيث لايكون له خيار إلّا نصب من لايكون واجداً للأوصاف المشروطه، كما قيل وقوع ذلك فى نصب شريح، وأُخرى: بالاضافه إلى الرعيه حيث يضطرّون إلى المرافعه إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضى. وثالثه: يلاحظ بالاضافه إلى نفس القاضى حيث يرى نفسه فاقداً

....

الشَرح:

لبعض شرائط القاضی کالعداله أو الاجتهاد، ولکن یری حاجه الرعیه إلی قضائه لعدم کون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الکفایه لحاجه الناس أو عدم تصدّی الواجد لشرائطه للقضاء، عذراً أو من غیر عذر.

فإن کان الاضطرار بالاضافه إلی ولیّ المسلمین فلا ینبغی التأمّل فیأنّه یجوز له الاذن لغیر الواجد بالقضاء بالحق فی الوقائع المرفوعه إلیها؛ لأنّ الاذن فی القضاء فی نفسه وان کان غیر جائز لغیر الواجد، إلّا أنّ طروّ الاضطرار إلی الاذن والنصب یجوّزه، کمایجوزه نفی الحرج أو الضرر الحرمه الثابته فی فعل لولا طروّ هذه العناوین، ویقال من هذا القبیل اضطرار علی علیه السلام إلی النصب فی قضیه الحکمین. ولکن لایترتب علی هذا النصب حکم وضعی.

وبتعبیر آخر: یکون نصبه هذا من قبیل التقیه فی بیان الحکم أو القضاء، ولعل نصب شریح کان من هذا القبیل، ولذا اشترط علیه السلام أن لا ینفذ قضائه حتی یعرضه علیه، وفی صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام : «لما ولّی أمیرالمؤمنین علیه السلام شریحاً القضاء اشترط علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه.(۱)

نعم لو کان النصب بمعنی الزام ولی المسلمین الرعیه بالعمل بقضاء ذلک الفاقد وترتیب الأثر علیه لطرو المصلحه الموجبه لذلک، فلابأس بالالزام بترتیب أثر القضاء الصحیح علیه، إلّا مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، کما ربّما یلتزم بذلک بالاضافه إلی قضاء القاضی من أهل الخلاف بالإضافه إلی ثبوت هلال ذی الحجه، ویمکن استظهار ذلک مما ورد فی شأن شریح فی قضیه درع طلحه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱:۶.

....

الشَرح:

ولعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه عليه السلام لاحراز كونه على الحق، وهذا يدخل فى الحكم الولائى بالاضافه إلى الرعيه وبالاضافه إلى الولى من الحكم الشرعى فى نصبه وأمر الرعيه باتباع قضائه، حيث إنّ جواز النصب وجواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعى المترتب على ولايه الزعامه على الرعيه، فيما كانت شرعيه كما فى الإمام عليه السلام .

وأمّا اضطرار المترافعين إلى المرافعه إلى فاقد الأوصاف المعتبره فى القاضى، فقد تقدم الكلام فيه فى المراجعه إلى حكّام الجور وقضائهم من أنّه إذا أحرز حقّه وتوقف استنقاذه على الترافع إلى غيرالواجد للأوصاف فلا بأس لإرتفاع الحرمه بأدلّه نفى الضرر الحرج وللاضطرار، ولا يقتضى شىء من ذلك اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدلّه الرافعه نفى التكليف الثابت لولاها لا اثبات الحكم الوضعى.

وبالجمله: فالأوصاف المعتبره فى القاضى لايدخل فى فعل المكلّف ليضطرّ إليه فعلاً أو تركاً، وإنّما فعله المرافعه إلى فاقد الوصف والرجوع إليه لو كان محرماً يرتفع حرمته، ولكن لايثبت نفوذ قضائه.

وأمّا اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضيإلى القضاء فلايتصور اضطراره إلى قضائه، فإنّ تولّى القضاء مشروط بصفات وعلى غير الواجد تحصيل تلك الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضى بين الناس، ومع عدم تمكنه فلاتكليف بالاضافه الى القضاء، نعم يمكن تصوير اكراهه على القضاء، ومعه يجوز له القضاء تكليفاً، ولكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

ص :۴۰

الخامسه: إذا ولّى من لا يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز[۱] لأنّه من المصالح، وإن تعيّن عليه القضاء ولم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق وإن كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدى فرضاً.

الشَرح:

[۱] ذكر قدس سره أنّه إذا لم يتعين على الشخص تولّى القضاء كما إذا كان التولى واجباً كفائياً وتولى القضاء وكان له مال يكفى لمؤنته، فالأفضل أن لايأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات والخراج والمقاسمه وجزيه الرؤوس ونحوها، ولعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال وتيسير ولى المسلمين، حيث إنّ الامتناع عن الارتزاق منها اعانته على مهامّه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، ولو طلب الرزق والحال هذه جاز لأنّ صرفها على القضاه من صرفها على مصالح المسلمين.

وذكر فى الجواهر أنّ فى جواز المطالبه اشكال، وهو أنّه مع وجوب تولى القضاء ولو بنحو الواجب الكفائيلا يجوزله الامتناع عن التولى، ومع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبه بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبدياً وإلاّ يجىء فى الطلب اشكال آخر وهو أنّ العباده فعل العبد ليتقرب به إلى اللّه سبحانه ومع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض والمعوض، هذا إذا كان الوجوب كفائياً، وأمّا إذا تولى القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام عليه السلام بالتولى فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحه المسلمين ونظام النوع، وأمّا إذا لم يكن محتاجاً فلايجوز على قول لأنّ القضاء فى الفرض متعيّن عليه.

أقول: أمّا أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أكان له مال يكفى لمؤنته أم لا؛ لأنّ بيت المال معدّللصرف على مصالح المسلمين، وإذا كان فى اعطاء ولى المسلمين القاضى من بيت المال ولو مع عدم فقره مايوجب اهتمامه وسعيه

امّا لو أخذ الجُعل من المتاحكمين ففيه خلاف والوجه التفصيل، فمع عدم التعين وحصول الضروره قيل يجوز، والأولى المنع ولو اختلّ أحد الشرطين لم يجز.

الشَرح:

فی أمر القضاء جاز له الاعطاء، كما جاز للقاضی الطلب والأخذ.

ولا يقال: قد ورد فی صحيحه عبداللّه بن سنان: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلک السحت».(۱)

فإنّه يقال: مع أنّ ظاهرها العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لاكتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهی منصرفه إلى قضاه الجور المعروفين فی ذلک الزمان المنهی عن المراجعه إليهم من الأعوان الظلمه.

والحاصل: ارتزاق القاضی والاعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصاً مع حاجته ولو للتوفير على عياله أو تأمين الأُمور المرتبه على قضائه، وقد ورد فی العهد المعروف إلى مالك الأشتر: «واكثر تعاهد قضائه وافسح له فی البذل ما يزيح علّته وتقلّ معه حاجته إلى الناس».(۲)

وأمّا أخذ الأُجره على القضاء فقد ذكرنا فی بحث أخذ الأجره على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ولو كان تعبّدياً لايوجب عدم جواز أخذ الأُجره عليه؛ لأنّ العباده لا توجب كون الفعل مملوكاً لفاعله أو للّه سبحانه بملك اعتبارييلزم من أخذ الأجره عليه الجمع بين العوض والمعوض، ويكفی فی قصد التقرّب المعتبر فيه انّه لو لم يكن أمر الشارع به لماكان يأتی به حتی مع اعطاء الأُجره عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأُجره أحد أمرين: أحدهما: أن يكون ايجابه على المكلّف بأن يأتی به مجاناً، الثانی:

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضی، الحديث ۱:۱۶۲.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۹:۱۶۳.

أمّا الشاهد فلا يجوزله أخذ الاجره، لتعيّن الإقامه عليه مع التمكّن، ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنّه من المصالح، وكذا من يكيل للناس و يزن، ومن يعلّم القرآن والآداب.

الشَرح:

عدم الماليه لذلك الفعل، سواء أكان واجباً أم مندوباً، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

وربّما يقال: إنّه يستفاد عدم الماليه للقضاء شرعاً وايجابه على واجد الأوصاف مجاناً من صحيحه عمّار بن مروان قال: «قال أبو عبداللّه عليه السلام : كل شىء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيره، منها ما أُصيب من أعمال الولاه الظلمه و منها أُجور القضاه وأُجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البينّه فأمّا الرشا فى الحكم فإنّ ذلك الكفر باللّه العظيم جلّ اسمه وبرسوله.(١)

وأُجيب بأنّها ناظره إلى ذلك الزمان من القضاه المتصدين للقضاء من قبل الظلمه، وإنّ أُجورهم داخله فى ما أُصيب من أعمال الولاه الظلمه، كما يؤيّدها تكرار لفظه منها الظاهره فى التبعيض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينه على أنّ الألف واللام فى القضاه للعهد وتكرار لفظه منها لا يدلّ على شىء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينه على عوده إلى الأنواع، مضافاً إلى أنّ القضاء فى واقعه كالافتاء فيها فى عدم الماليه، فالأحوط ترك أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقاً، وإن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأوّل والاكتفاء بالإرتزاق، حيث إنّ ما فى العهد لايخرج إلى حد الظهور فيأخذ العوض، فإنّه يمكن أن يكون السئوال لكتابه القضاء، ولو كان الكاتب هو القاضى ومثل الكتابه ليس داخلاً فى القضاء الواجب، كما لا يخفى.

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ۵ من أبواب مايكتسب به، الحديث ١٢:۶۴.

ما يثبت به ولايه القاضى

السادسه: تثبت ولايه القاضى بالاستفاضه [١]، وكذا يثبت بالاستفاضه: النسب

الشَرح:

[١] الظاهر انّ المراد من ولايه القاضـى نصبه الخاص للقضاء ومراده من الاسـتفاضه شهره خبرنصبه، بحيث يحصل منه الإطمئنان والوثوق وسكون النفس غالباً، ولو لم يكن فى بعض الموارد لبعض الجهات كذلك والثبوت بالشياع كذلك لا يختص بالولايه على القضاء، بل يثبت بالاستفاضه غيرها أيضاً مما جرت السـيره حتى عند المتشـرعه على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلان أو أخاً لفلان من غير فرق من جهه الأب أو الأُم والملك المطلق ككون هـذه الـدار لزيد أو المزرعه لفلان، نعم خصوصيه الملك ككونه بالشراء أو المصالحه أو الهبه ونحوها لا تثبت بالشياع.

ومن الاسـتفاضه المعتبره، الشـياع فى موت شـخص أو نكـاحه من فلانه، أو كون الملك وقفاً وكون العبـد معتقاً ونحو ذلك مما قيل فى ضابطها كل مايعسر عليه اقامه البيّنه، والوجه فى تفسـير الاسـتفاضه فى كلام الماتن بذلك أنّه لو كان المراد بالاستفاضه الشياع المفيد للعلم واليقين فعلاً لما يكون اعتباره مختصاً بالأُمور المذكوره كما هو ظاهر المتن وغيره.

وفى مرسله يونس بن عبدالرحمان عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: سألته عن البيّنه إذا أُقيمت على الحق أيحلّ للقاضيأن يقتضى بقول البيّنه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقـال: خمسه أشـياء يجب على الناس أن يأخـذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه».(١)

١- (١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٢ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:٢١٣.

....

الشَرح:

وفی روایه الفقیه: الانساب بدل المواریث،(۱) ولعل المراد منهما واحد، حیث إنّ المراد من المواریث موجب الارث، أی النسب والمراد بظاهر الحکم الشیاع الموجب للاطمئنان وسکون النفس غالباً، وإن لم یکن فی بعض الموارد لوجود مقتضی الشک کذلک.

ولعلّ المراد من ظاهر الحکم فی عداله الشهود وعدم السؤال عن باطنه، مع أنّ القاضی یفتش عن حال الشهود، ویسأل المدعی علیه عن الجارح لهم هو أنّه یکفی فی عداله الشخص احراز حسن ظاهره واحرازعدم القادح فی ذلک الحسن، ولایعتبر التفتیش والسؤال عن باطن أمره وفی بعض نسخ التهذیب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحکم.

وذکر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المراد منهما واحد لکون المراد بظاهر الحکم شیوع النسبه بین المحمول وموضوعه، وإنّ النسبه بینهما فیماکانت شائعه عندالناس، بحیث ینسبون الحکم إلی ذلک الموضوع کمایقال هذه الدار وقف، أو أنّ فلاناً ابن خالد یجوز الحکم بذلک الشیاع فی الأُمور المتقدمه، ویحتمل أن یکون المراد بظاهر الحکم فی الشهادات الأُمور المربوطه بالشهاده کعداله الشاهد وفسقه.

واستشهد لذلک بصحیحه حریز الوارده فی ذم أبی عبداللّه علیه السلام ابنه اسماعیل فی دفعه مالاً إلی من کان یرید السفر إلی الیمن لیشتری له بضاعه مع الشیاع عند الناس بأنّ المدفوع إلیه شارب الخمر و انّه لیس أهلاً للأمانه،(۲) حیث إنّ الصحیحه ظاهره فی اعتبار الشیاع فی احراز فسق الشخص وحسن حاله فیکون العبره بنفس الشیاع

۱- (۱) الفقیه ۳:۹، الرقم :۲۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۳ الباب ۶ من أبواب أحکام الودیعه، الحدیث ۱:۲۳۰.

....

الشَرح:

لابمايحصل منه من العلم أو الظن المتاخم أو مطلق الظن .بل يظهر من الصحيحه اعتبار الشياع فى كل أمر ولولم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأُمور المتقدمه، لأنّ سياق الصحيحه وهو الأمر بتصديق المؤمنين به، واقتصارهم بالأُمور المتقدمه فى ذكر اعتبار الشياع ليس لعدم اعتباره فى غيرها مع حصوله، بل لأنّ تحقق الشياع فى غيرها أمر نادر، كيف وقد صرّحوا بثبوت رؤيه الهلال وغيرها بالشياع، وعلى ذلك فيجوز للقاضى الحكم فى الواقعه المرفوعه إليه بالشياع وظاهر الحكم عندالناس، ولا ينافى ذلك ما ورد فى أنّ القضاء يكون بالبيّنات دون غيرها وذلك فإنّ ما دلّ على عدم اعتبار غيرالبيّنه واليمين فى القضاء بالاطلاق فيرفع اليد عنه فى موارد الشياع لقيام الدليل على اعتباره.

ويحتمل أن يكون حصر القضاء بالبينات بملاحظه الغالب، حيث إنّ تحقق الشياع فى الحكم فى غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شياع الحكم أن يكون الناس على اذعان بالنسبه لا أن يكون الشياع فى خبر النسبه بأن اشتهر أنّه قيل أنّ زيداً شارب الخمر وخبر اسماعيل يشير إلى أنّ المراد هو شياع التصديق، فإنّ المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق واذعان؛ انتهى.

أقول: قد تقدم انّ الشياع الموجب للعلم ليس مورد المناقشه فى الاعتبار فإنّ العلم الوجدانى معتبر من أيسبب حصل، والكلام فى الشياع غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار فى بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنّه معتبر فى كل الأُمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر قدس سره ؟

والأظهر عدم اعتبار الشياع بنفسه فإنّ مرسله يونس مع ضعفها سنداًوعدم انطباق ما ورد فيها على الأُمور التى ذكرها الماتن وغيره لادلاله لها على اعتبارالشياع،

ص :۴۶

....

الشَرح:

فـإنّه من المحتمـل أن يكون المراد بظـاهر الحكم فى الولايـات المعامله مع المتصـديلها معامله الولى الشـرعى من جواز المعامله كماتقـدم فى جواز شـراء الخراج والمقاسـمه والالتزام بطاعتهم طاعه الرعيه على ماكان فى ذلك الزمان لرعايه التقيه ولو مداراه، وفى النكاح والمواريث والذبائح اسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، وفى الشهادات ماتقدم فى ثبوت عداله الشاهد.

وفى صـحيحه محمد بن مسـلم عن أبى جعفر عليه السلام قال سألته عن الإيمان فقال: الإيمان ما كان فى القلب والإسلام ما كان عليه التناكـح والمواريث وتحقن به الـدماء، وامّـا صـحيحه حريز فلولم يكن فيهـا الاستشـهاد بالآيه لكانت فى دعوى دلالتها على اعتبـار الشـياع فى ثبوت الشـىء وجه، ولكن بملاـحظته لاـتكون لها دلاله على أزيـد من الترغيب فى تصـديق الناس تحفظاً على الواقع واحتياطاً فيه، لاتصـديقهم فى ثبوته حتى بالاضـافه إلى أثر يكون ترتيبه على خلاـف الاحتيـاط، كمـا هو المراد من ثبوت الشىء واعتبار الأماره.

وبتعبير آخر: ليس المـدعى أنّ المراد من الإيمان للمؤمنين خصوص تصديق الناس فيما ينفعهم ولا يضـرّهم المعبّر عنه بالتصديق الأخلاقى بأن لاينسب الكـذب إليهم، كما فى مورد نزول الآيه حيث صـدّق النبىّ الأكرم صـلى الله عليه و آله وسـلم النمّام على انكاره نميمته مع تصـديقه اللّه سـبحانه فيما أوحى إليه فى أمر النمام فإنّ اراده خصوصه ينافى مورد الصـحيحه، حيث إنّ موردها ترتيب أثر شـارب الخمر على من يـذكره النـاس بشـرب الخمر، فـالجمع بين الصـحيحه ومـا ورد فى مورد الآيه هو أنّ المراد من تصديق المؤمنين التحفّظ فى مورد أخبارهم على الأخلاق والواقع وإنّ هذا من المرغوبات الشرعيه.

والملک المطلق والموت والنکاح والوقف والعتق، ولو لم یستفض إمّا لبعد موضع ولایته عن موضع عقد القضاء له أو لغیره من الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام علی ولایته شاهدین بصوره ما عهد إلیه[۱] وسیّر هما معه لیشهدا له بالولایه، ولا یجب علی أهل الولایه قبول دعواه مع عدم البینه وإن شهدت له الأمارات، ما لم یحصل الیقین.

الشَرح:

والمتحصّل أنّه لا اطلاق فی البین یقتضی اعتبار مجرّد الشیاع فی ثبوت کل شیء ما لم یوجب العلم أوالوثوق والاطمئنان لایکون موجباً للحکم والقضاء فی المرافعات وموجبات الحدود أخذاً بما دلّ علی اعتبار البیّنه فی مدرک القضاء وما ورد فی بعض الموارد أو قامت السیره علی اعتبار الشیاع فیها حتی ولو لم یکن مفیداً للوثوق والاطمئنان کشیوع نسب شخص وثبوت حسن الظاهر له الکاشف عن عدالته، ولکن لم یظهر وجه لکون نصب القاضی منها سواء کان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخیل فی النصب العام من اجتهاده وفقاهته.

[۱] ذکر قدس سره أنّه لو لم یکن نصبه مستفیضاً لبعد موضع تولّیه القضاء عن موضع عقد القضاء له، یعنی النصب، أو الجهه أُخری أشهد الإمام أو من بیده أمر نصبه باطلاقه أو تقییده والاشتراط فیه بشاهدین ویرسلهما معه إلی موضع تولّیه لیشهدا له بالنصب، ولا عبره فی ثبوت النصب بغیر شهاده العدلین من سائر الأمارات الظنّیه، حیث لم یثبت اعتبار غیر شهادتهما.

وذکر فی الجواهر أنّ هذا بناءً علی عدم الحاجه فی اعتبار البیّنه إلی حکم الحاکم علی طبقها، وأمّا بناءً علی اعتبار الحکم فیحتاج ثبوت ولایته علی حکم الحاکم سواء أکان حاکم بلد آخر أم الحاکم الذی فی ذلک الموضع فیما إذا کان عزله معلقاً علی أن تثبت ولایه القاضی المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجه فی اعتبار البیّنه إلی حکم الحاکم فی غیر الحقوق

جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد

السابعه: يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد[۱] لكل منهما جهه على انفراده وهل يجوز التشريك بينهما فى الولايه الواحده؟ قيل بالمنع حسماً لماده اختلاف الغريمين فى الاختيار، والوجه الجواز لأنّ القضاء نيابه تتبع اختيار المنوب.

الشَرح:

المحتاجه إلى المرافعه وغير الحدود، لما ذكر على اعتبارها من الدليل، نعم عزل القاضى معلقاً على حدوث امر معين كتعليق نصبه صحيح، فإنّ العزل والنصب يتبعان نظر ولى المسلمين نصب القاضى فى البلد بالاضافه إلى الواقعه المرفوعه إليها، معلقاً على ما إذا كان حكمه فى الواقعه موافقاً مع سائر القضاء فى سائر البلاد بحسب كلى تلك الواقعه، وهذا علاج لتشتت القضاء فى الوقائع التى تتحد فى نوعها فى الحكم؛ حفظاً لنظام القضاء فيها.

[۱] ذكر قدس سره أنّه يجوز لولى المسلمين نصب قاضيين فى بلد واحد فيما كان نصب كل منهما فى جهه غير ما ينصب الآخر لتلك الجهه، بأنّ نصب أحدهما للقضاء فى الحقوق الماليه والآخر فى الدماء والفروج، وأمّا فيما كان نصبهما فى الجهه الواحده على الاستقلال أو أن يقضى كل منهما فى كل الجهات والقضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال فى النصب العام، فقيل بعدم الجواز؛ لأنّ مع النصب كذلك يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يحتاره الآخر، فيكون منشأً للنزاع والاختلاف، ولكن الوجه الجواز؛ لأنّ كلاًّ من القاضيين ينوب عن ولى المسلمين فى القضاء، والنيابه تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالك اثنين فى بيع ما له بحيث يكون لكلٍ منهما بيعه.

وذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنّ مع تنازعهما فى اختيار القاضى يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، ومع التقارن يرجعان فى التعيين إلى القرعه، وذكر أيضاً جواز نصب المتعدد وجواز نصب المتعدد أيضاً للقضاء فى الوقائع بنحو الاشتراك والاجتماع، كما قوّاه العلاّمه وولده، ولكن منع عنه بعضهم لعدم الدليل على التشريك

ص: ۴۹

....

الشَرح:

حتى فى الوكاله وسائر الولايات. ويمكن أن يقال ان التشريك فى الوصايه والوكاله هو عدم نفوذ تصرّف أحدهما بدون رضا الآخر لا أن يكون لكل منهما نصف الولايه أو الوكاله، ففى المقام أيضاً يمكن التشريك فى الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزله نصف القاضى، ويترتب على التشريك بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر انّه لو مات أحد الوصيين يكون تصرّف الآخر نافذاً، ولا يحتاج الى ضم الحاكم شخصاً آخر مكان الميت بناءً على أنّ المراد من التشريك شرط رضى الآخر مع امكانه.

ثمّ أشار قدس سره إلى ما قد يقال فى المقام من أنّه كيف لا يجوز التشريك بمعنى اعطاء الولايه لاثنين مجتمعين. مع أنّه قد وقع مثل هذا التشريك فى الولايه العامّه التى هى فوق الولايات، كما فى قضيه موسى وهارون على نبيناوآله وعليهما الصلاه والسلام ، وأجاب بأنّ منصب النبوه كان لموسى والمراد من تشريك هارون اعطاء المنصب له، ولذا أفرد التصريح بهذا المنصب له فى بعض الآيات، وعلى ما تقدم فإن اختلفا فى الحكم وقف الحكم وإلاّ نفذا؛ انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كلّ من الاثنين أو الأكثر بنحو الاطلاق والاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراك فى اصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل اصدار أحدهما الحكم.

وأمّا بالنظر إلى النصب العام فلا ينبغى التأمّل فى أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممّن ترافعا عنده، وكان الأوصاف المعتبره المتقدمه سواء تعدد من على الأوصاف فى البلد أم لا، والعمده أن مع تعدد القاضى ونفوذ الحكم من كل منهم فهل يكون اختيار القاضى للمدّعى أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعه إلاّ إذا اتّفقا بواحد؟

....

الشَرح:

ذكر فى المستند أنّه إذا كان هناك مجتهدان وأكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو منهم فمن اختاره المدّعى للمرافعه إليه يكون له القضاء فى الواقعه، ويجب على خصمه الاجابه لذلك القاضى، وعلى ذلك الاجماع و لأن المدّعى هو المطالب بالحق ولا حق للمنكر ابتداءً.

وأجاب عن ذلك فى ملحقات العروه بأن للمنكر أيضاً حق الجواب كما أنّ له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدّعى، ومقتضى القاعده مع عدم أعلميه أحد الحاكمين القرعه، إلّا إذا ثبت الاجماع على تقديم مختار المدعى، وذكر فى العروه أنّ اختيار الحاكم بيد المدّعى إلّا إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعلم مطلقاً.

أقول: ليس فى البين مايدل على ثبوت حقّ للمنكر قبل رجوع المدعى إلى قاض والمطالبه بحقّه بطرح دعواه وكذا بعد رجوعه إليه، وما ذكر من انّ للمنكر حق الجواب، فإن أُريد لزوم الجواب بالاقرار أو بالانكار أو بغيرهما فهذا ليس حقاً له بل حكم يترتب على رجوع المدعى إلى القاضى وطرح دعواه عنده و مطالبه القاضى الخصم بالجواب عن دعوى المدعى.

وأمّا الحق فى تخليص نفسه عن دعوى المدّعى فلانعرف له مدركاً، فإنّ المسقط لدعوى المدعى حلف المنكر وما دام لم يطالب المدعى القاضى بالحكم لايكون للقاضى تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنّه لو حلف كذلك لايسقط حق الدعوى، كما يأتى على مايقال.

نعم هذا إذا كان المدعى مطالباً بالحقّ عن خصمه، وأمّا إذا كانت دعواه سقوط حقّ كان لخصمه سابقاً فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبه بحقه

....

الشَرح:

عند قاض، فيلزم على مدعى السقوط الحضور واثبات دعوى السقوط.

وبالجمله: مقتضى مطالبه المنكر للسقوط بحقه احضار المدعى عند أى قاضٍ راجع إليه لاستيفاء حقّه، لكن هذا لا ينافى تعين اختيار مدعى السقوط.

والمتحصل: أنّه إذا كان القضاء فى موارد الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه فاختيار القاضى بيد المدّعى سواء أكان مختاره أعلم أم لا، فإنّ مقتضى اطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضيأعلم، كماتقدم فى التكلم فى معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمر بن حنظله بناءً على عدم انصرافهما إلى قاضى التحكيم. وبما أنّ للمدّعى اثبات دعواه بأىّ طريق شرعى ولا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال فى كل من يتصدى لاثبات أمر فله اثبات دعواه ولو بقضاء من لايوافق عليه خصمه.

وهذا فيما إذا كانت دعوى المدعى ثبوت الحق، أمّا إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضى أيضاً بيد المدعى للسقوط لما تقدم، ولا ينافيه جواز مراجعه المنكر إلى قاضٍ لاستيفاء حقه فيما إذا ترك المدعى المرافعه إلى قاض، هذا كلّه فى الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه.

أمّا إذا كان اختلافهما فى الحكم الكلّى للواقعه فيجرى أيضاً ما ذكر فى الاختلاف فى الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمه على القضاء، كما إذا كانت المنازعه بين مجتهدين مختلفين فى الرأى او بين مقلديهما، ولايبعد تقييد مختار المدعى فى الفرض، بما إذا كان أعلم، وأمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء فالمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقاً أو فتوى الأعلم، فيما إذا علم اختلاف القضاه فى الفتوى ولو بنحو الاجمال، على ما هو المقرر فى بحث لزوم التقليد على العامى.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من كون تعيين القاضى بيد المدعى لا ينافى رضاه بمن يعيّنه

....

الشَرح:

خصـمه أو رضاهمـا بحـاكمين بـأن يكونـا نـاظرين فى أمرهمـا، وحينئـذ مع اختلافهما فى الحكم يكون المتبع قضاء الأعلم، كما يشـهد لذلك موثقه داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاـف فرضيا بالعـدلين فـاختلف العـدلان بينهمـا، عن قول أيّهمـا يمضـى الحكم؟ قـال: ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر».(۱)

ولاـ يخفى أنّه لو امكن فى موارد التـداعى رفع الاختلاـف بتقليـد صـحيح و هوالتقليـد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، وأمّا مع عـدمه فـان اتّفقـا على قضـاء واحـد فهو، ومع عـدم اتّفقهمـا يتعيّن الرجوع فى تعيين القاضـى إلى القرعه من غير خلاـف يعرف، بلافرق بين الاختلاف فى الموضوع أو الحكم.

ويشـهد لـذلك بعض الروايـات الوارده فى القرعه، فإنّها على ماقيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتزاحمهـا فى مقـام العمـل، ففيمـا ادعى الولـد الأـكبر عيناً بأنّها حبوه كالراحله لأبيهم وادعاها سائر الورثه ارثاً، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكره منه زوجيتها وادعاها أيضاً من زوج البنت نفسـها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصـحيح وهو التقليد ممن تسـالموا على كونه أعلم فهو، وأمّا مع عـدم امكـانه كمـا إذا كان كل من الولـد الأكبر وسائر الورثه مجتهـداً أو مقلـداً لمن يرى الحكم على طبق ما يـدّعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معيّن يرجع فى تعيين القاضـيإلى القرعه، بلافرق بين كون الراحله بيد الولد الأكبر أو سائر الورثه، وبلافرق بين كون الزوجه تحت يد أحد الزوجين أم لا.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲۰:۸۰.

الثامنه: إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل[۱] وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق ولوحكم لم ينفذ حكمه، وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه لا، لأنّ ولايته استقرت شرعاً فلاتزول تشهيّاً، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله، لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظراً، فإنّه جائز مراعاةً للمصلحه.

الشَرح:

وما عن المستند من التفصيل بأنّ مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدماً لانّ الآخر هو المدعى وكذا يقدّم تعيين من لاتكون المرأه تحت يده لايمكن المساعده عليه، فإنّه لا أثر لليد ولا إعتبار بها فى الشبهات الحكميه وتعيين صاحبها منكراً من أثار اعتبارها، وإنّما تعتبر فى موارد الاختلاف فى الموضوعات سواء أكان الخلاف فى موجب اليد أم فى مزيل حكمها.

[۱] ذكر قدس سره انعزال القاضى بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث مايمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبره فى القاضى، وإن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه مادام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداءً واستدامةً، وعلى ذلك فإن قضى بعد حدوث مايوجب انعزاله لاينفذ حكمه، حتى وإن لم يعزله الإمام ولو لعدم اطلاعه بحاله.

نعم الانعزال وإن كان تابعاً لزوال الوصف واقعاً، ولكن مادام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب فى ناحيه بقاء الوصف، وهذا من الحكم الظاهرى فى الشبهه الموضوعيه فلا ينافى عدم النفوذ الواقعى.

كما أنّ الكلام فى أنّ عزل القاضى يكون بوصول خبر العزل إليه أو بحدوث انشائه، وإن لم يبلغه خبره لا يجرى فى فرض فقد الوصف، لما تقدم من أنّ مقتضى اعتبار الوصف فى القاضى ابتداءً واستدامةً عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ عود الوصف الزائل لا يفيد فى المقام بلافرق بين

ما يوب انعزال القاضى

التاسعه إذا مات الإمام، قال الشيخ رحمه الله : الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاه أجمع، و قال فى المبسوط: لا ينعزلون [۱] لأنّ ولا يتهم تثبت شرعاً فلا تزول بموته عليه السلام والأوّل أشبه، ولومات القاضى الأصلى لم ينعزل النائب عنه لأوّل الاستنابه مشروطه باذن الإمام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام عليه السلام فلاينعزل بموت الواسطه والقول بانعزاله أشبه.

الشَرح:

عوده سريعاً أو غير سريع وانّه ربّما يفرق بينهما فلا يبطل النصب فى الأوّل دون الثانى.

أقول: لايبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص اعطاء الولايه للقضاء فى زمان كان فى ذلك الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولايه القضاء، كما هو الحال فى النصب العام.

وبالجمله: لايكون له ولايه القضاء زمان فقد الوصف خاصه.

[۱] ذكر قدس سره : انّه إذا مات الإمام ينعزل القضاه بموته عند الشيخ قدس سره قائلًا بأنّ انعزالهم مقتضى مذهبنا، ووجّهه فى الجواهر بأنّ ولايه القضاه فرع ولايه الإمام عليه السلام التى انقضت بوفاته، وقال فى المبسوط بعدم انعزالهم لأنّ ولايه القضاء تثبت لهم بتوليته عليه السلام ، والأصل بقاؤها، ولأنّ فى الانعزال ضرراً عظيماً لخلوّ البلاد من القضاه إلى أن يتجدّد النصب من الإمام اللاحق.

وذكر فى المسالك أنّه يبطل النصب العام أيضاً لأنّ الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكماً أو قاضياً قد مات، إلّا أنّ الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام فى زمان الغيبه، وأنّه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلّى واعلامه كبيان قبول شهاده العدل وكون اليد أماره الملك، وغير ذلك من الأحكام الكليه.

أقول: اخبار الإمام عليه السلام بالكبرى الشرعيه غير اعطاء الولايه بخلاف نصب

....

الشَرح:

القاضـی للرعیه عامـاً أو خاصّاً فلا یقاس الثانی بالأوّل، ولو قیل بأنّ النصب الخاص أیضاً، وذلک فإنّ اعطاء الولایه واعتبارها غیر الوکـاله فی القضـاء، فـإنّه لا یکون تصـرّف الوکیـل نافـذاً بعـد موت الموکّـل، حیث إنّ الوکـاله أخـذ الغیر نائباً فی الفعل القابل للاسـتناد إلی الشـخص ولو بالتسبیب فهذه النیابه تعتبر مادام الموکّل حیاً، وتنقضـی بموته بخلاف اعطاء الولایه وجعل المنصـب للغیر کجعل القیم للصغار والمتولی للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولایه للمنصوب.

ولو قیل بأنّ نصب شـخص قاضـیاً من قبیل الاسـتنابه فی القضاء، کما هو مقتضـی ما ذکرنا عن صاحب الجواهر قدس سـره جری مثلها فی النصب العام أیضاً، حیث إنّه عن الإمام السابق، إلاّ أن یـدعی امضائه عن الإمام اللاحق وحتی عن إمام العصـر عجّل اللّه تعالی فرجه الشریف بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوکاله الفضولیه والإلتزام بالفضولیه واثبات الإمضاء کما تری، وإن یقال بمثله فی مسـأله تحلیـل الخمس، أو یـدعی انّ الإمام علیه السـلام لا تنقضـی ولایته بموته بل ولایته ثابته حیّاً أو میّتاً، وعلی ذلک یلزم بقاء النصب الخاصّ أیضاً والالتزام باختلاف أحکام الوکاله بین کون الموکّل هو الإمام علیه السلام أو غیره أیضاً کما تری.

وبالجمله: نصب القاضی خصوصاً أو عموماً من قبیل اعطاء المنصب واعتبار الولایه فلا تنقضی بموت الإمام علیه السلام ، نعم فی مثـل نصـب الفقیه القیّم للصـغار أو المتـولی للأوقـاف ونحـو ذلـک کلاـم وهـو أنّ للفقیه الولاـیه علی النصب أو إنّه لیس له إلاّ التوکیـل والاسـتنابه ولو کـان من قبیـل التوکیـل ینتهی بموت الفقیه، بخلاـف ما إذا کان له اعطاء المنصب فانّ المنصب المعطی یبقی ما دام المنصوب.

وقد ذکرنا فی بحث ولایه الفقیه أنّ تصدیه للأوقاف التی لا متولی لها ولأموال

العاشره: إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاةً للمصلحه فى نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاه فى زمان على عليه السلام ، وربّمامُنِع من ذلك فإنّه عليه السلام لم يكن يفوّض إلى من يستقضيه ولايرتضيه بل يشاركه فيماينفذه فيكون هو عليه السلام الحاكم فى الواقعه لا المنصوب.

الحاديه عشره: كل من لاتقبل شهادته لا ينفذ حكمه [۱] كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله كما تجوز شهادته.

الشَرح:

الأيتام التى لاقيّم لهم داخل فى الأُمور الحسبيّه التى يكون الأصل فيها عدم جواز التصرّف الفقيه فيها بالمباشره أو بالاستنابه من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، وأمّا ولايته على النصب فاقامه الدليل عليه مشكل، إلاّ أن يدعى أنّ مجرّد التوكيل فى مثل تلك الأُمور غير كافٍ للزوم توقف التصدّى وتعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الإذن من مجتهد آخر، أو أنّ النصب المزبور ونحوه من شؤون القاضى، كما يظهر من بعض الروايات، وقد أعطى منصب القضاء للفقيه العادل على ماتقدم.

[۱] ذكر قدس سره أنّه لاينفذ قضاء القاضى فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهاده عليه، كقضائه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضائه على والده حيث لا تقبل شهاده الولد على والده وكشهاده العبد على مولاه وشهاده أحد على آخر بينهما خصومه أى عداوه، بحيث لاتوجب تلك العداوه فسق الشاهد، وإلاّ يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإنّ القاضى إذا كان ممّن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضاً ولو مع كونه بشرائط القاضى وأوصافه، وهذا بخلاف شهاده الولد لوالده، أو شهاده الوالد على ولده أو لولده، وشهاده الأخ على أخيه؛ فإنّ الشهاده كذلك نافذه فيما كان الشاهد عدلاً ولذلك يكون قضاؤه أيضاً نافذاً مع كونه بشرائط القضاء وأوصاف القاضى، والوجه فى ذلك

....

الشَرح:

يعنى عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أنّ القضاء شهاده وزياده وإذا لم تجز الشهاده فلا يجوز القضاء أيضاً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اصل الحكم يعنى عدم قبول شهاده الولد على والده غير ثابت وإن نسب ذلك إلى الأشهر بل إلى المشهور؛ لأنّ المستند فيه هو مرسله الفقيه(۱) وللارسال ومعارضتها بخبرى على بن سويد(۲) و داود بن الحصين(۳) غير صالحه للاعتماد عليها، فيؤخذ باطلاق ما دلّ على ثبوت الحق بشهاده العدلين ويمين المدّعى ونحو ذلك.

وأمّا الأخذ بعموم قوله سبحانه: «يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ»(۴) كما ذكر فى الجواهر وغيرها لا يمكن المساعده عليه، فإنّه كما تقدم، حيث إنّ الأمر باقامه الشهاده لا يدلّ على نفوذها ولزوم قبولها مطلقاً.

لا يقال كيف تجوزشهاده الولد على والده مع حرمه العقوق وظاهر قوله سبحانه «وَصَاحِبْهُمَا فِى الدُّنْيَا مَعْرُوفاً»،(۵) مع أنّها اظهار لكذب الوالد وايذائه فلا يكون معروفاً بل عقوقاً.

فإنّه يقال: اظهار الحق وردّ الوالد عن باطله وتخليصه عمّا عليه من حق الغير معروف إليه ولو صحّ ما ذكر لكان مقتضاه حرمه شهاده الولد على والدته ولا تنفذ

ص: ۵۸

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶من أبواب الشهادات، الحديث ۶:۲۷۱.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۲۹.

۳- (۳) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۰.

۴- (۴) النساء: ۱۳۵.

۵- (۵) لقمان: ۱۵.

....

الشَرح:

شهادته لكونه بتلك الشهاده محكوماً عليه بالفسق، وعموم قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ» ينفى تلك الحرمه، وإلّا لماكان فرق بين الشهاده على الوالد والشهاده على الأُم، وماقيل من جواز شهاده الولد على والده بعد موته مبنى على دعوى العقوق، ثمّ على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلاً فى الشهاده بأن يكون القضاء شهاده وزياده ممنوع، فإنّ القضاء أخذ بشهاده الغير لااقامه لها، نعم لو تم أمر العقوق والمصاحبه بالمعروف لماكان فرق بين اداء الشهاده والقضاء.

ومن جمله من لا تقبل شهادته من يجرّبشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرامه عن نفسه، ولذا قالوا انّ القاضيإذا كان داخلاً فى الأطراف فى المخاصمه سواء كان مدعياً أم منكراً أو كان المدعيأو المنكر متعدداً أحدهم القاضى فلاينفذ حكمه فى تلك الواقعه ولو مع تراضى الأطراف.

ويستدل على ذلك بوجهين :

الأوّل: عدم قبول شهاده من يجرّ بشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرماً عنه، والقضاء شهاده وزياده، وفى معتبره أبان قال: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا فى شىء له فيه نصيب»(1)ونحوها غيرها.

وفى موثقه سماعه قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود؟ قال: المريب والخصم والشريك و دافع مغرم... الحديث».(2)

ولكن هذا الوجه غير تام لما تقدم من أنّ القضاء غيرالشهاده فلا يجرى على

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب الشهادات، الحديث 3:272.

2- (2) المصدر نفسه :الباب 32من أبواب الشهادات، الحديث 3:278.

....

الشَرح:

الأوّل الحكم الثابت فى الثانى، مع أنّ مقتضى الوجه المزبور أن لا ينفذ حكمه فى تلك الواقعه، فيما إذا كان فى الحكم الصادر جرّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان فى قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذاً مع أنّ ظاهرهم عدم نفوذ حكمه فى تلك الواقعه مطلقاً وحتى مع تراضى الأطراف.

كما هو مقتضى الوجه الثانى، وهو أنّ الظاهر من معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمربن حنظله وغيرهما ممّا ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضاياهم أو من يروى حديثهم وينظر فى حلالهم وحرامهم توجه الأمر إلى أطراف المخاصمه، وإذا كان القاضى من أطرافها يكون مكلفاً كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكماً وقاضياً.

وهذا نظير مايذكر فى باب الزكاه من أنّ الأمر بدفعها والإتيان بها ظاهر الدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالك النصاب تملك الزكاه لنفسه مع فقره، وهذا الوجه لابأس به، ولذا لا يبعد الالتزام بعدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكّل القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، أو كان النزاع بين وكيله والطرف الآخر فى مال أنه ملك موكّله أو للطرف الآخر، وكذا فيما كان النزاع فى مال بأنّه للمولى عليه للقاضيأو لشخص آخر كما إذا كان القاضى وصيّاً أو قيّماً للأطفال بالايصاء إليه أو بجعل القيمومه من الميت؛ فإنّ القاضى المزبور فى الواقعه طرف المخاصمه.

وذكر فى ملحقات العروه انّ الولايه الخاصه لا تمنع القضاء كالولايه العامّه، فيما إذا وكّل القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضى داخلاً فيأطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نذر أحد المال للقاضيأو وقف عليه، ثم وقع النزاع بين الناذر أو الواقف وبين الغير فى المال المنذور أو الوقف، فلا اشكال فى

....

الشَرح:

قضاء القاضی بالمنذور له الموقوف علیه حیث إنّ الخطاب بالرجوع إلی من ینظر فی واقعتهم لا یتوجه إلی القاضی المزبور.

ویظهر من المستند أنّ القاضی لاـ ینفذ حکمه فیما کان هو أو وکیله طرفاً فی النزاع ولو فی الوقائع التی یتصرف فیها القاضی بالولایه العامّه بأن کان المتصدی للواقعه التی وقعت المخاصمه فیها هو القاضی أو وکیله، وأمّا إذا کان المتصدی لها شخص آخر نصبه القاضی المزبور قیّماً أو متولیاً أو نصبه کذلک حاکم آخر فلابأس بتصدّیه للقضاء فیها؛ لأنّ القاضی فی فرض تصدّیه بالمباشره أو بالتوکیل طرف النزاع، بخلاف ما إذا کان طرف النزاع القیّم أو المتولّی المنصوب من قبله أو من قبل حاکم آخر فلا یتعلّق نزاعهما بالقاضی.

ویمکن تأیید ذلک بما ورد فی درع طلحه، فإنّه إمّا کان راجعاً إلی بیت المال أو إلی ورثه طلحه، وباعتبار غیابهم عن المال کان المتصدی لأمره علی علیه السلام بالولایه العامّه، وقد جعل علیه السلام بینه وبین من کان بیده درعه شریح.

أقول: لاـ یخفی أنّ التأیید فی غیر محلّه فإنّ جعل القاضی فی الواقعه کان تلبیه لسؤال عبداللّه بن قفل فلا یدلّ علی عدم نفوذ قضائه علیه السلام فیما لو کان متصدیاً للقضاء، بل ظاهر أمره علیه السلام بعد بیان خطأ شریح بأخذ الدرع هو نفود حکمه علیه السلام .(۱)

والحاصل: أنّ دعوی الانصراف فی روایات نصب القاضی و انّ أطراف المخاصمه مکلّفون بالرجوع إلی شخص آخر لیقضی بینهم بالاضافه إلی موارد الولایه العامّه غیر محرز وإن کان رعایه ما ذکر مطابقاً للاحتیاط فی بعض الموارد.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۶:۱۹۴.

النظر الثانی:

ص :۶۳

النظر الثانی:

فی الآداب.

وهی قسمان: مستحبه و مکروهه.[۱]

فالمستحبه: أن یطلب من أهل ولایته من یسأله عمّا یحتاج إلیه فی أُمور بلده، وأن یسکن عند وصوله فی وسط البلد لترد الخصوم علیه وروداً متساویاً، وأن ینادی بقدومه إن

الشَرح:

[۱] الآداب المـذکوره فی المقام علی نحوین، منها ما تکون رعایتها علی من یکون منصوباً للقضاء بالنصب الخاص کالأخـذ من الحـاکم المعزول تسـجیلات حجـج النـاس و ودائعهم، ومنهـا ما یکون رعایتها حتی لمن قضاؤه بالنصب العام کاتّخاذ وسط البلد مسکناً لیسهل لجمیع أهل البلد الوصول إلیه.

ثمّ إنّ من یقضی بین الناس إمّا أن یتخذ القضاء شأناً وشغلًا لنفسه وإمّا أن یتفق له القضاء من غیر أن یتخذه شأناً و شغلًا، والأُمور المرغوبه إلیهـا قـد تتعلّق بالأوّل کالسـکن فی وسـط البلـد والقضـاء فی موضع بـارز وقـد تعمّ کلیهمـا کالتسویه بین الخصـمین، وربّمایـذکر الأمور المتعلّقه بمـا یعمّهمـا فی کیفیه الحکم وآداب القضـاء، وقـد لایلاحـظ ذلـک و یـذکر مـا یعمّهمـا فی آداب القاضی کما یقال یستحب أن یطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أنّ ذلک من آداب القضاء.

وکیف ما کان فقد ذکر الماتن قدس سره استحباب أُمور للمتصدی للقضاء، بعضها راجعه إلی شؤون القاضی المنصوب بالنصب الخاص من غیر أن یدخل فی القضاء کما فی النظر إلی أمر المحبوسین وأولیاء القصر والنظر فی اللقط، وبعضها داخله فی شوؤن القضاء کالجلوس مستدبر القبله أو مستقبلها، ولکن لا یتیسّر اتمام کلّ ما ذکر بالدلیل،

کان البلد واسعاً لاینتشر خبره فیه إلّا بالنداء، وأن یجلس للقضاء فی موضوع بارز مثل رحبه أو فضاء لیسهل الوصول إلیه، وأن یبدأ بأخذ ما فی ید الحاکم المعزول[۱] من حجج الناس و ودائعهم لأنّ نظر الأوّل سقط بولایته، ولو حکم فی المسجد، صلّی عند دخوله تحیه المسجد، ثمّ یجلس مستدبر القبله، لیکون وجوه الخصوم إلیها، وقیل: یستقبل القبله لقوله صلی الله علیه و آله : «خیر المجالس ما استقبل به القبله» والأوّل أظهر.

الشَرح:

مع أنّ الحکم الاستحبابی و غیر الالزامی کالالزامی یحتاج إلی مستند معتبر؛ لما ذکرنا فی بحث الأُصول من أنّ قاعده التسامح فی أدلّه السنن لا أساس لها؛ فإنّ الروایات الوارده فی الثواب علی عمل بلغ فیه الثواب لا تدل علی أزید من اعطاء الثواب البالغ لمن أتی بذلک العمل علی طبق البلوغ، فإن کان الخبر البالغ معتبراً یکون الاتیان به بنحو الجزم وإن کان غیر معتبر یؤتی به رجاءً أو بعنوان الاحتیاط، وأنّها لاتعم غیر موارد بلوغ الخبر.

نعم یمکن أن یدخل بعض ما ذکر فی المقام فی بعض العناوین المرغوبه إلیها شرعاً فإنّ اتّخاذ القاضی فی وسط البلد مسکناً وجلوسه للقضاء فی موضع بارز یسهّل للناس الوصول إلیه، فیدخل فی عنوان السعی فی حوائج الناس ودفع اضطرارهم فیکون مستحباً بهذا العنوان، کما أنّ حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء وشهودهم الحکم فیه نوع تحفظ علی الواقع واحتیاط فی حقوق الناس وأموالهم، فیکون مستحباً بما دلّ علی حسن الاحتیاط فی الدین أو حقوق الناس.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره انّ القاضی المنصوب یبدأ بأخذ ما بید الحاکم المعزول من حجج الناس و ودائعهم، ثمّ ینظر فی حال المحبوسین ویفتّش عن موجب حبسهم، و ینادی بهم فی البلد طلباً لخصومهم ثم ینظر فی حال أوصیاء الأیتام ویلاحظ تصرّفاتهم و موجب وصایتهم وأمر انقراض ولایتهم، ثمّ ینظر فی أُمناء الحاکم

ثمّ يسأل عن أهل السجون، ويثبت أسماءهم، وينادى فى البلد بذلك ليحضرالخصوم، ويجعل لذلك وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، ويسأله عن موجب حبسه، وعَرَضَ قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، وإلاّ أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

وكذا لو أحضر محبوساً فقال: لاخصم لى، فإنّه ينادى فى البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، وقيل: يحلّفه مع ذلك.

ثمّ يسأل عن الأوصياء على ألايتام، ويعتمد معهم مايجب من تضمين، أو إنقاذ أو إسقاط ولايه، إمّا لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه، أو ضمِّ مشاركٍ إن ظهر من الوصى عجز.

ثمّ ينظر فى أُمناء الحاكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه أومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويُسعد الضعيف بمشاركٍ، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

الشَرح:

الحافظين لأموال الأيتام وسائر القاصرين من الناس ثمّ ينظر فى الضوال واللقط الموجوده بيد أُمناء الحاكم.

ولكن لم يتضحّ وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنّ النظر فيما ذكر حفظاً للنظام والحقوق واجب على الوالى أو القاضى على حسب العهد المرسوم لهما من ولىّ الأمر، فإن تمكن القاضى المنصوب لجميع ذلك من النظر فيها ولو بمعونه أُمنائه و وكلائه فى زمان واحد فهو وإلاّ يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أنّ بين المحبوسين مظلوماً ودفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعيناً، خصوصاً فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيره.

ثمّ ينظر فى الضوال واللقط، فيبيع مايخشى تلفه، وماتستوعب نفقته ثمنه، ويسلّم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شيء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، ويستبقى ما عدا ذلك مثل الجواهر والأثمان، محفوظاً على أربابها، ليدفع إليهم عندالحضور، على الوجه المحرَّر أولاً.

ويحضر من أهل العلم من يشهد حكمه[۱] فإن أخطأ نبّهوه لأنّ المصيب عندنا

الشَرح:

[۱] قد تقدم أنّ حضور بعض أهل العلم والفضل مجلس القضاء والحكم نوع احتياط فى أعراض الناس وأموالهم وحقوقهم، وما ذكر قدس سره من أنّ القاضى لو أخطأ فاتلف لم يضمن، وكان التلف على بيت المال، يستدل عليه تاره بكون القاضى محسناً، و «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ»(۱) وانّ الضمان سبيل، وأُخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصبغ بن نباته «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّ ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين»،(۲) ورواه الكلينى قدس سره بسند موثق عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام .

أقول: أمّا قضيه كون القاضى محسناً فلايمكن الاستدلال بها فى المقام، فإنّ القاضى كان قاصداً للاحسان لا أنّه محسن فعلاً، وثانياً: نفى السبيل على المحسن لو اقتضى نفى الضمان فالمنفى ضمان التلف لا ـ ضمان الإتلاف، كما هو الفرض فى كلام الماتن قدس سره ؛ فإنّ الاتلاف ولو بنحو التسبيب يوجب ضمان المتلف كان قاصداً للاحسان أم لا، بل عدم ضمان التلف فى موارد الأمانه المالكيه أو الشرعيه مستفاد من الروايات الظاهره فى عدم ضمان الأمين الموافقه للسيره العقلائيه.

وعلى ذلك فمقتضى القاعده لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطىء

۱- (۱) التوبه: ۹۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۵.

واحد ويخاوضهم فيمايُستَبهم من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرّره، ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال وإذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عرّفه خطأه[١ [بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصراً على مايوجب لزوم النّمط.

الشَرح:

موجوداً استردّه، وإن كان تالفاًيكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الاعطاء له مجاناً وإلاّ يكون استقرار ضمانه على القاضى، حيث إنّه أتلف المال بالتسبيب ولكن فيما كان الضمان على القاضى يتدارك من بيت المال لأنّ ثبوت الضمان على القاضيلابهذا النحو يوجب الكفّ عن القضاء، مضافاً إلى امكان استفادته من الموثقه الداله على ضمان ديه القطع والدم مع خطأ القاضى على بيت المال؛ فإنّه لايحتمل الفرق بين الديه والمال فى الفرض.

[١] لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرّفه الحاكم خطأه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصراً على مايوجب النمط.

أقول: لو كان التعدى بارتكاب ما لايجوز شرعاً بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمداً أو إلى القاضى الجور والميل عن الحق، أو كان فعله اهانه وايذاءً لخصمه أوالشاهد أو القاضى وغير ذلك، فإن كان ذلك لجهله بعدم جواز ذلك شرعاً أو احتمل الجهل فى حقّه عرّفه الحاكم خطأه؛ لأنّ ذلك يدخل فى تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر فى عنوان النهى عن المنكر ولوعاد ادّبه فانّ التاديب يدخل فى عنوان المنع عن المنكر عنه عملاًـ أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. ولكن ذكرنا فى بحث الأمر بالمعروف أنّ النهى عملاً وان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلاّ أنّه لا يدخل فى الواجب الكفائى.

نعم ربّما يدخل الفعل فى عنوان المنع عن المنكر، إلاّـ أنّه لا دليل على وجوبه ولو بنحو الواجب الكفائى، بل لادليل أيضاً على مشروعيته إلاّ بالاضافه إلى الأهل،

....

الشَرح:

كما هو مقتضـى اطلاق قوله سبحانه: «قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً»،(۱) وفی صحیحه عبداللّه بن سنان أبی عبداللّه علیه السلام قال: «جاء رجل إلی رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم فقال: إنّ أُمی لاتدفع ید لامس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال: فامنع من یدخل علیها، قل قد فعلت، قال: قیّدها فانّک لاتبرّها بشیء أفضل من أن تمنعها عن محارم اللّه عزّوجلّ»، وما ورد فی تفسیر الآیه لا یدلّ علی انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف والنهی عن المنکر.

نعم تأدیب من یرتکب محرماً لیرفع یده عنه مشروع للحاکم والوالی ولو فیما لم ینطبق علیه غیر عنوان التعزیر فضلاً عمّا إذا انطبق علیه عنوان المنع عن ایـذاء الغیر أیضـاً أو غیره من الحرام، وفی موثقه سـماعه عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قـال: «إنّ رجلاًـ لقی رجلاًـ علی عهـد أمیر المؤمنین علیه السـلام وقـال: إنّ هـذا افتری علیّ، قال: وما قال لک؟ قال: إنّه احتلم بأم الآخر، قال: انّ هـذا افتری علیّ، قال: وما قال لک؟ قال: إنّ فی العدل إن شـئت جلدت ظلّه فإنّ الحلم إنّما هو مثل الظل ولکن سـنوجعه ضـرباً وجیعاً حتی لایؤذی المسلمین، فضربه ضرباً و جیعاً».(۲)

وممـا ذکر یظهر أنّه یجوز للحـاکم هـذا التـأدیب بـالعود بعـد تعریف الخطـأ؛ لأـنّ غـایه ما یسـتفاد ممّا ورد فی عـدم ثبوت الحدّ والتعزیر فی حق الجاهل بالحکم عدم مشروعیه التأدیب بالضرب أو بغیره قبل تعریف الخطأ، لا فی العود بعد عرفان الحکم.

۱- (۱) التحریم: ۶۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۵۸.

آداب المکروهه للقاضی

والآداب المکروهه:

أن یتخذ حاجباً وقت القضاء[۱]، وأن یجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ولا یکره لو اتفق نادراً، وقیل: لایکره مطلقاً التفاتاً إلی ما عرف من قضاء علی علیه السلام بجامع الکوفه، وأن یقضی وهو غضبان، وکذا یکره مع کلّ وصف یساوی الغضب فی شغل النفس کالجوع والعطش والغمّ والفرح والوجع ومدافعه الأخبثین وغلبه النعاس، ولوقضی والحال هذه، نفذ إذا وقع حقاً.

الشَرح:

[۱] قد ذکر فی الکلمات أنّه یکره للقاضی أُمور:

منها: اتخاذه حاجباً عند الحاجه إلی القضاء للنبوی المروی فی کلمات العامّه: «من ولّی شیئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب اللّه تعالی دون حاجته وفاقته وفقره»،(۱) ولسان الخبر وان یناسب الکراهه، إلّا أنّ الإعتماد علیه فی الحکم بها لضعف سنده مشکل.

والأظهر انه لو کان الحجب بحیث یترک الناس و خصوماتهم من غیر فصل فهذا غیر جائز، لما تقدم من وجوب تولّی القضاء حفظاً للنظام وانهاء الخصومات باستیفاء حقوق بعضهم من بعض، وان لم یکن الحجب موجباً لذلک بأن کان مجرّد التأخیر فی القضاء فیکون هذا من ترک المستحب وهو السعی فی قضاء حوائج الناس کما فی صوره اتّخاذ الحاجب والقضاء فوراً.

و منها: اتّخاذ المسجد مکاناً للقضاء أو القضاء فیه من غیر اتّخاذه مکاناً، کما هو ظاهر المحکی عن الصدوق قدس سره ، وبعضهم کالمصنف قدس سره فصّل بین جعله مجلساً للقضاء دائماً فیکره، وبین القضاء فیه بعض الأحیان فلا یکره، وبعضهم أنکر الکراهه لما هو المعروف من قضاء علیّ علیه السلام فی جامع الکوفه، فإنّ أمر دکّه القضاء إلی یومنا هذا معروف.

۱- (۱) السنن البیهقی ۱۰:۱۱۰.

....

الشَرح:

واستدل على الكراهه بما ورد فى النهى عن بعض الأُمور فى المسجد، معلّلاً بأنّ المسجد بنى لغير ذلك أو انّه بنى للقرآن، وفى معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن سلّ السيف فى المسجد وعن برى ء النبل فى المسجد وقال: إنّما بنى لغير ذلك»،(۱) وبمرسله على بن اسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبوعبداللّه: جنّبوا مساجدكم البيع والشراء والمجانين والصبيان والأحكام والضاله والحدود ورفع الصوت».(۲)

ولكن لاـ يخفى أنّه يمكن دعوى أنّ القضاء من قبيل تعليم الحكم فيكون داخلاً فيما بنى له المسجد، والمرسله لضعف سندها لاتصلح للاعتماد عليها، خصوصاً بملاحظه معروفيه أمر دكّه القضاء بجامع الكوفه. والقول بأنّ قضائه فى المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكّه القضاء من المسجد أوكان القضاء فيها بعض الأحيان اتّفاقاً لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ كون دكه القضاء من المسجد كمعروفيه سائر الأجزاء والمقامات فيه ولو كان قضاؤه فيها نادراً لاشتهر مكان آخر أيضاً بكونه مجلس القضاء.

ومنها: القضاء حال الغضب ولعلّ المراد بالغضب مايخرج به النفس عن الاعتدال واشتغالها بأمر آخر لا يناسب الدقه فى القضاء وملاحظه موازيه، ويؤيد ذلك إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من ابتلى بالقضاء فلايقضى وهو غضبان»،(۳) وفى خبر سلمه بن كهيل: «ولاتقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم»،(۴) وكيف ماكان فلو قضى والحال هذه نفذ

ص: ۷۲

۱- (۱) الوسائل: ۳، الباب ۱۷ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ۱ :۴۹۵.

۲- (۲) المصدرنفسه:الباب ۲۷ من أبواب المساجد، الحديث ۱:۵۰۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۵۶.

۴- (۴) المصدرنفسه:الباب۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۵۵.

وأن يتولى البيع والشراء بنفسه[۱].

الشَرح:

إذا كان على الموازين أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء وقصور ما دلّ على المنع عن الظهور فی عدم النفوذ بل الحرمه، فلاحظ.

[۱] ذكر فی الجواهر فی ذيل هـذا الكلام ما حاصـله: انّه يكره للقاضـی تولّی البيع والشـراء لنفسه فی مجلس الحكم وغيره، سواء أكـانت معاملته مع من يعلم انّه يحاسـبه أم غيره، ولعلّ النسـخه الصـحيحه: مع من يعلم أنّ يحابيه أو غيره أی معاملته مع من يوقع البيع المحاباه وغيره لقوله صـلی الله عليه و آله علی ما رواه بعض العامه: «ما عدل وال اتّجر فی رعيته أبداً»،(۱) بل فی آخر: «لعن إمام يتّجر فی رعيّته».(۲)

ولأنّ فی حال تولی القضاء يكون البيع أو الشراء موجباً لتشويش خاطره خصوصاً إذا كان ذلك فی مجلس الحكم فإنّه المانع من التوجه بتمـام قلبه إلی الخصومه المرفوعه إليه، ولاحتمـال أن يقع البيع أو الشـراء منه علی وجه المحابـاه بـأن يبيع الآخر المال منه بأقـل من قيمته السوقيه أو يشتری منه بأكثر منها بحيث يوجب ذلك جلب محبه القاضـی وميله إليه، وقـد يحصل الخوف لخصـم من يعامل القاضی من ميل القاضی إلی ذلك المعامل فيمتنع عن المرافعه إليه فيكون القاضی موضع التهمه إلی غير ذلك.

وقد عمّم قدس سـره الحكم فألحق سائر المعاملات بالبيع والشراء وقال: بل يكره للقاضی النظر فی نفقه عياله وضيعته وغير ذلك ممّا يشـغل قلبه فالأولی للقاضی أن يوكّل من لايعرفه الغير أنّه وكيله للبيع والشراء، ثمّ نقل ما روی عن بعض كتب العامه أنّ علياً عليه السلام امتنع عن شراء القميص ممن عرفه إلی ان انتهی إلی من لا يعرفه فاشتری منه.(۳)

۱- (۱) الجامع الصغير للسيوطی ۲: ۱۶۴، المغنی لابن قدامه ۱۱: ۴۳۹.

۲- (۲) السنن للبيهقی ۱۰: ۱۰۷.

وكذا الحكومه[۱]

الشَرح:

أقول: ليس فيما ذكر وجه يصحّ الاعتماد فى الحكم بكراهه تولى القاضى البيع والشراء لنفسه، وإنّما الممنوع ميل القاضى إلى أحد الخصمين للحكم له، كما تشهد لذلك صحيحه أبى حمزه الثمالى، نعم معامله القاضى ممن يبيعه أو يشترى منه محاباه لجلب رضاه ليحكم له عند المخاصمه إليه داخل فى الرشوه، فيما إذا علم القاضى أنّ بيعه أو الشراء منه كذلك، فلا تجوز له تلك المعامله لأنّها من الرشوه فى الحكم، كما ذكرنا فى المكاسب المحرّمه، وأمّا تولى البيع والشراء فى مجلس الحكم بحيث يوجب تشويش البال فقد تقدم كراهه الحكم حال اشتغال القلب، وهذا داخل فيه سواء أباع أو اشترى لنفسه أم للغير.

[۱] أى وكذا يكره توليه الحكومه لنفسه بأن يقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولى أن يوكّل من يرافع مع خصمه عند قاض آخر، وفى نهج البلاغه «إنّ للخصومه قحماً» ، قال ابن أبى الحديد فى ذيل هذا الكلام: قالها أمير المؤمنين حين وكّل عبداللّه بن جعفر فى الخصومه عنه، وروى أنّه عليه السلام وكّل عقيلاً فى خصومته وقال: انّ للخصومه قحماً.(۱)

أقول: لو تمّ ذلك لم يكن هذا من آداب القاضى، بل يكره لكل خصم تولى الخصومه بنفسه وانّ الأولى التوكيل فى المخاصمه إلى القاضى، وقد ورد فى بعض الروايات المرويه بطرقنا أنّ أمير المؤمنين(۲) عليه السلام بل قبله النبى(۳) توليا الخصومه بنفسهما، ويقال إنّ ذلك لا ينافى الكراهه وإنّما كان ذلك لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب قاضياً للناس، كما فى قضيه درع طلحه أو لغير ذلك من المصالح.

۱- (۱) شرح النهج لابن أبى الحديد ۱۹:۲۶۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب۱۸ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۲۰۰.

وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجّه[۱].

وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم، ويكره أن يرتّب للشهاده قوماً[۲] دون غيرهم، وقيل: يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأنّ فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار.

الشَرح:

[۱] ذكروا انّ اظهار القاضى الانقباض فى وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجّه والتفطن بها وتحريرها على وجه الكمال مكروه.

أقول: ينبغيأن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانه المؤمنين والتجبّر عليهم، فإنّ هذا أمر فى نفسه غير جائز، سواء أكان من القاضى أم غيره. وإذا لم يكن كذلك فيمكن أن يقال أنّه لا يجوز للقاضى فعل ما يوجب دهشه المترافعين إليه بحيث يغفلان أو يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل فى الافصاح عن مورد منازعتهما، فإنّ هذا ينافى مشروعيه القضاء وايصال الحق لأهله وفى غير ذلك فلا موجب للكراهه أيضاً.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى اللين الخارج عن المتعارف والموجب لجرأه المتخاصمين على ما فيه نوع مهانه للقاضى أو لقضائه.

[۲] لا يخفى أنّ ترتيب قوم للشهاده إن كان بحيث لا تقبل الشهاده من غيرهم حتى مع التمكن من احراز عدالتهم، فهذا ابطال لحقوق الناس وتضييع لها وقد جعل القضاء لرعايه حقوق الناس واستيفائها، وإن كان المراد أنّه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم وحقوقهم شهوداً منهم دون غيرهم فالاستجابه لذلك لالزوم لها على الناس، ولكن لا كراهه فيه فيما إذا لم يكن فى تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمه، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء وعدم تأخيره إلى تعديل الشهود، وقيل: إنّ أوّل من رتب للشهاده قوماً بعض القضاه من العامّه.

جواز أن يقضى الإمام بعلمه

وهنا مسائل:

الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقاً[١] وغيره من القضاه يقضى بعلمه فى حقوق

الشَرح:

وكيف ما كان فليس مراد الشيخ قدس سره من منعه الصوره التى ذكرنا عدم الكراهه فيها أيضاً، فلاحظ كلامه المنقول عنه فى مبسوطه تجده موافقاً لما ذكرنا.

[١] وجوب اتباع حكم الإمام عليه السلام على الرعيه ونفوذه بعد كون طاعته عليه السلام كطاعه النبى صلى الله عليه و آله من أُصول مذهبنا ولم يخالف فيه أحد منّا، وأمّا جواز قضائه بعلمه فهو أيضاً ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، فإنّ القضاء المزبور داخل فى القضاء بالحق والحكم بالعدل فيدخل فى قوله سبحانه: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ»(١)، ولقول علىّ لشريح فى قضيه درع طلحه: «ويحك أو: ويلك انّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»،(٢) ولقتله عليه السلام خصم النبى صلى الله عليه و آله قضاءً بعلمه.(٣)

امام يقضى بعلمه مطلقا

بل يظهر من بعض الروايات المعتبره أنّ حكم النّبى صلى الله عليه و آله وسلم بعلمه كان مفروغاً عنه بين الناس كصحيحه محمّد بن قيس وفى خبر حسين بن خالد أو صحيحه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «سمعته يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنيأو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ولايحتاج إلى بيّنه مع نظره لأنّه أمين اللّه فى خلقه»،(۴) وفى ذيله دلاله على أنّ ذلك بالاضافه إلى حقوق اللّه، وأمّا حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبه صاحبه.

وكيف كان فلا موجب لتطويل الكلام فى المقام، وما نقل السيد قدس سره عن أبى على ابن الجنيد من الخلاف لا يعتنى به، فإنّ خلافه مبنى على اجتهاده المخدوش، وهوأنّ

١- (١) المائده: ۴٢ .

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶: ١٩۴.

٣- (٣) المصدر نفسه :الباب ١٨ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

۴- (۴) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣: ٣۴۴.

النـاس وفى حقوق اللّه سبحانه على قولين أصحّهما القضـاء[١]، ويجـوز أن يحكم فى ذلـك كلّه من غير حضـور شاهـد يشـهد الحكم.

الشَرح:

اللّه سبحانه قد أوجب للمؤمنين حقوقاً لم تثبت بينهم وبين الكفار والمرتدين كالمناكح والمواريث والذبائح وغير ذلك ووجدنا اللّه تعالى قد أطلع نبيّه على من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فكان يعلمه ولم يبيّن النبى صلى الله عليه و آله أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنين ليمتنعوا عن مناكحتهم وإرثهم وذبائحهم إلى غير ذلك.

و وجه الخدشه أنّ الكفر باطناً لايمنع عن الحكم بالإسلام، فإنّ الموضوع لترتيب الحقوق المزبوره هو الاعتراف بالشهادتين من غير اظهار الخلاف بتكذيب نفسه فى اعترافه.

[١] صريح كلام السيد قدس سره جواز الحكم من الحاكم بعلمه فى حقوق الناس عند الإماميه ولو من غير الإمام عليه السلام ، حيث ذكر فى الجواب عن الاشكال بأنّه كيف تدعون الاجماع على جواز الحكم مع أنّ أبا على ابن الجنيد يصرح بالخلاف، بأنّ خلاف ابن الجنيد لاجتهاد مخدوش وانّه لا يخفى اتّفاق الإماميه على الانكار على أبى بكر، حيث طلب البيّنه من الزهراء عليهاالسلام على دعواها بأنّ فدك نحله أبيها مع علمه بصدقها لعصمتها عليهاالسلام .

والمتحصل: جواز قضاء غيرالنبى صلى الله عليه و آله وغير الإمام عليه السلام بعلمه فى حقوق الناس أيضاً من القطعيات فى كلمات جمله من الأصحاب، وقد نقل الاجماع عليه و على جوازه فى حقوق اللّه فى الانتصار والخلاف والغنيه والسرائر.

و على كلّ حال يقع الكلام فى المقام فى جواز الحكم من القاضى بعلمه تكليفاً، و فى نفوذ ذلك الحكم على المتخاصمين وغيرهما وضعاً، وأنّه يجوز للقاضى اجراء حدود اللّه على مرتكبى موجباتها فيما إذا كان ثبوتها بعلمه، والكلام فى الأولين فيما

....

الشَرح:

إذا كانت المخاصمه فی الموضوعات، وأمّا فیما إذا کان من الشبهات الحکمیه فلا کلام فی جواز الحکم و نفوذه علی ما تقدم سابقاً.

فنقول: الحکم بعلمه فی حقوق الناس داخل فی الحکم بالعدل والقضاء بالقسط فیجوز بل ینفذ لاطلاق قوله علیه السلام : جعلته حاکماً أو قاضیاً، بعد عدم الدلیل علی تقیید ذلک بکون الحکم بغیر علم وکذا الحال فیما إذا کان حکمه فی حدود اللّه أخذاً بقوله سبحانه: «الزَّانِیَهُ وَالزَّانِی فَاجْلِدُوا کُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَهَ جَلْدَهٍ»(۱) وغیره بعد کون الخطاب للحکّام علی ما یأتی.

وما یقال فی المقام فی وجه المنع إمّا راجع إلی عدم جواز الحکم من القاضی بعلمه کما قیل بأنّ الحکم بعلمه یجعل القاضی موضع التهمه، وإمّا راجع إلی الحکم الوضعی بدعوی أنّ الطریق المألوف فی القضاء فی حقوق الناس وغیره غیر علمه، کما یستفاد ذلک من صحیحه هشام بن الحکم عن أبی عبداللّه علیه السلام «قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : إنّما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان»(۲)، وما ورد فی الرجل الذی رأی الفجور بزوجته.(۳)

ولکن شیئاً من ذلک لا یصلح مانعاً، فإنّ قضیته جعل الحاکم موضع التهمه، فلا مورد لها فیما إذا عرف القاضی بالدیانه وتعصّبه فی دین اللّه، بل مطلقاً بعد عرفان عدالته، وإلاّ لکان تعدیله الشاهد بعلمه أو تجریحه غیر جائز للتهمه الموهومه، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف و المناقشه فی مسأله جرحه و تعدیله بل لابدّ من انتهائهما بعلمه کما لا یخفی.

۱- (۱) النور: ۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱: ۱۶۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۵ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۴۱۳.

....

الشَرح:

وأمّا قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبى بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أميرالمؤمنين عليه السلام مشهوره معروفه عند العوام فضلًا عن الخواص، فيكون الحصر فى الصحيحه غالبياً، والصحيحه ناظره إلى عدم تغير الواقع بحكمه صلى الله عليه و آله على طبق البينات والأيمان كمايشهد بذلك ذيلها، وقد يكون القضاء باعتراف الخصم واقراره، مع أنّ الحكم به لا يكون داخلًا فى شيء من البينه والأيمان.

أضف إلى ذلك احتمال كون البيّنه فى الصحيحه بمعناها اللغوى، فتعمّ علم القاضى كمايفصح عن ذلك غير واحد من الآيات كقوله سبحانه: «قُلْ إِنِّى عَلَى بَيِّنَهٍ مِن رَبِّى»(۱) وقوله: «فَقَدْ جَاءَكُم بَيِّنَهٌ مِن رَبِّكُمْ»(۲) و «أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتُ عَلَى بَيِّنَهٍ مِن رَبِّى»(۳) إلى غير ذلك مما استعمل فيه البينه بمعنى موضح الواقع والأمر والحق.

لا ـ يقال: لايحتمل كون البينه فى الصحيحه بالمعنى اللغوى، وإلّا لم يصح إفراد الأيمان عن البينات حيث إنّ الأيمان أيضاً من موضح الحق والواقع.

فإنّه يقال: عطف الأيمان على البينات لا ينافى كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إنّ البيّنه ظاهرها موضح الأمر، والواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء ولايكون الأيمان كذلك فإنّها موضحات بلحاظ مقام القضاء فى حقوق الناس، وما ورد فيمن رأى الفجور بزوجته ناظر إلى عدم جواز اجراء الحدّ لغير الحاكم، وأنّه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنّه لابأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

و بالجمله: فليس فى البين مايمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف

۱- (۱) الأنعام: ۵۷.

۲- (۲) الأنعام: ۱۵۷.

۳- (۳) هود:۲۸.

....

الشَرح:

لا يدخل فيه علم القاضی بل اعتبار البیّنه فی حق القاضی العالم بالحق والواقع غیر ممکن.

ومایقال بأنّه: لا یجوز الحکم فی حقوق اللّه بالعلم لأنّ حقوق اللّه مبتنیه علی المسامحه، ویدل علیها مارویعن النبی صلی الله علیه و آله فی قضیه الملاعنه: «ولو کنت راجماً بغیر بینه لرجمتها»(۱)، ولذا حکی عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، ولایمکن المساعده علیه فإنّه لم یثبت فی حقوق اللّه إلاّ أنّ للقاضی المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتکب، لا أنّ علم القاضی لا یکون طریقاً لثبوته.

وربّمایستدل علی جواز القضاء بالعلم بأنّه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضی ثلاث مرات بحیث لایجوز له الرجوع إلیها إلاّ بعد النکاح من المحلّل، ثم جحد الرجل الطلاق ولم تتمکن زوجته من اقامه الشهاده علی طلاقها کذلک فانّه یتوجه الیمین إلی الزوج، فإنّ حکم الحاکم المزبور بکون المرأه زوجته فهذا حکم بالباطل والزور، وإن لم یحکم بشیءلزم ترک القضاء، وقد تقدم وجوبه عیناً أو کفایه، فیتعین القضاء بعلمه وإن ترک القضاء بالعلم مستلزم لعدم انکار المنکر وعدم وجوب اظهار الحق مع امکانه وإذا لم یجز ذلک یتعین الحکم بعلمه.

أقول: یمکن المناقشه فیما ذکر بأنّه لو ثبت انحصار طریق القضاء بالبینه والحلف والاقرار یمکن للقاضی العالم بحقیقه الحال أحد أمرین:

الأوّل: أن یحوّل الواقعه إلی قاض آخر، ویحضر عنده لیشهد بماعلمه من أمر الطلاق أو غیره، إذا کان معه شاهد آخر.

الثانی: أن یأمر الزوج باعترافه بالطلاق والتوبه والرجوع عن انکاره، ویعزّره علی

۱- (۱) سنن البیهقی۷:۴۰۷.

....

الشَرح:

كـذبه وانكاره؛ حتى يعترف بالحال، ونـذكر ان شاء اللّه تعالى أنّ مايـذكر من أنّ الاقرار بالاكراه لايكون نافذاً لايشـمل الفرض ممّا يعلم القاضى انّ اقراره ولو باكراهه مطابق للواقع.

وقـد يقـال فى وجه عـدم جواز القضـاء بـالعلم: بـأنّ العلم إنّمـايكون طريقـاً بالـذات إلى متعلّقه بالاضـافه إلى العالم، فيكون علم القاضـى طريقـاً إلى الواقع بالاضـافه إلى نفسه، وجواز القضـاء ليس من أثر الواقع، بل أثر احرازه كمايفصـح عن ذلك قوله عليه السـلام فى تقسـيم القضـاء: «رجـل قضـى بـالحق وهو يعلم»(١)، وقـوله عليـه السـلام : «مـن أفـتى النـاس بغير علـم لعنته ملائكه السماء»(٢) لعـدم احتمـال الفرق بين الافتـاء والقضـاء من هـذه الجهه، وإذا كـان احراز الواقع موضوعـاً لجواز القضـاء فيمكن أن يختص الموضوع بمـا إذا كـان الاحراز بالبينه أو الحلف، كما هو مقتضـى قوله صـلى الله عليه و آله : «إنّما أقضـى بينكم بالبينات والأيمان»، ولا يمكن التعدى إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجدانى، فضـلاً عن دعوى الأولويه لاحتمال الخصوصـيه فى البيّنه لكونها طريقـاً إلى الواقع مطلقاً لا بالاضافه إلى شـخص دون شـخص بخلاف العلم، فانّه طريق بالاضافه الى العالم فقط أضف إلى ذلك ماتقدم من أنّ القضاء بعلمه يجعله موضع التهمه.

أقول: كون الموضوع لجواز القضـاء والافتـاء احراز الواقع لانفس ثبوت الشـىء واقعاً صـحيح، لكن هـذا لايمنع عن حكمه بعلمه فكما انّ علمه طريق إلى الواقع بالاضافه كذلك البينه فى موارد قضائه بها وإلاّ ربّما يكون كل من المتخاصمين جازماً بما يدعى أو ينكر فلا يكون اعتبار بالبينه بالاضافه إليهما، وأمّا دلاله الحصـر فقـد تقدم أنّه اضافى وقد ذكر للدلاله على تغيّر الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن

ص :٨١

....

الشَرح:

كون القضـاء بـالعلم يجعـل القاضـى موضع التهمه، كمـا فى موارد قضائه فى اختلاف المترافعين فى واقعه لاختلافهما فى الحكم الشرعى لكلى تلك الواقعه فتدبر.

وبتعبير آخر كمـا أنّ حكم القاضـى فى موارد اختلاـف المتخاصـمين فى حكم كلّى الواقعه لاـ يكون بالبينه واليمين كـذلك فى مورد اختلافهما فى الموضوع مع علم القاضـى بواقع الأمر، حيث إنّ القاضـى فى موارد عـدم علمه بواقع الأمر عنـد اختلافهما فى الموضوع يتمسّك بالحجّه المعتبره فى حق الشاك، ويجعل من يكون قوله موافقاً لتلك الحجّه المعتبره المدعى عليه ومن يكون قوله مخالفـاً لهـا المـدعى فيطلب من الثـانى البينه ومع عـدمها تصل النوبه إلى طلب الحلف من المـدّعى عليه، ومع علم القاضـى بالواقع لاتكون لتلك الحجّه موضوعاً، بل يكون قضاؤه فى الواقعه باحرازه الصغرى والكبرى كما فى موارد الخصومه للإختلاف فى حكم كلّيها فيعمّه قضائه فيها مادلّ على مشروعيه القضاء بالسنّه العادله كمالا يخفى.

ثمّ إنّه قـد ذكر فى المسالـك انّه بناءً على عـدم جواز قضاء القاضـى بعلمه يسـتثنى موارد: منها تزكيه الشـهود وجرحهم لئلا يلزم الـدور أو التسلسل، ومنها الاقرار فى مجلس القضاء وإن لم يسـمع ذلك الاقرار غير القاضـى، بل قد يقال باسـتثناء اقرار الخصـم مطلقاً ولو لم يكن فى مجلس القضاء، ومنها العلم بخطأ الشـهود وكذبهم، ومنها أن يشـهد مع الحاكم آخر فإنّه لا يقصـر الحاكم عن الشاهد، ومنها تعزير من أساء أدبه فى مجلسه، وإن لم يعلم به غيره.

أقول: أمّا قضـيه التعـديل والجرح فقـد تقـدم الكلام فيه، وانّ القاضـى يعمل فيهما على طبق علمه لا محاله، وتقدم أيضاً أنّ علمه باقرار الخصم سواء أكان فى مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، ويظهر ذلك من بعض الروايات، خصوصاً الوارده

حکم ما لو لم یعرف الحاکم عداله البیّنه

الثانیه: إذا أقام المـدعی بینه ولم یعرف الحاکم عـدالتهما فالتمس المدعی حبس المنکر لبُعدٍ لها، قال الشـیخ رحمهم الله : یجوز حبسه[۱] لقیام البینه بما ادعاه، وفیه اشکال من حیث لم یثبت البینه حق یوجب العقوبه.

الشَرح:

فی ثبوت بعض موجبات الحدود، وکذلک الحال فی علمه بخطأ الشهود أو کذبهم.

وأمّـا أنّ الحـاکم یحسب شاهـداً وانّه إذا شـهد معه آخر یجـوز الحکم فلاـیمکن المساعـده علیه فیمـا إذا کـان المراد ان یقضـی بشـهادته مع آخر، لأنّ ظاهر الأدلّه کون الشاهدین غیر القاضـی، وخروج القاضـی عن الشاهدین کخروج المدّعی والمدّعی علیه عنهما.

[۱] إذا أقام المـدّعی بـدین له علی غیره شاهدین ولم یعرف الحاکم عدالتهما، واحتاج المدّعی إلی اثبات عدالتهما، فالتمس من الحاکم حبس المـدّعی علیه حتی تثبت عـدالتهما قال الشـیخ قـدس سره : یجوز للحاکم الاجابه بحبس المـدعی علیه لقیام البیّنه بدعواه، واستشکل الماتن قدس سره بأنّه لم یثبت بشهادتهما الدین لیحبس المدیون لادائه أو ثبوت اعساره.

وبتعبیر آخر إنّما یجوز حبس المـدیون بالـدین الحال علیه لیؤدیه أو یحرزعسـره کمایدل علی ذلک مثل موثقه غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه: «أنّ علیاً علیه السلام کان یحبس فی الدین فإذا تبیّن له حاجه و افلاس خلّی سبیله حتی یستفید مالاً»(۱)، وإذا لم یثبت الدین فلاموجب لجواز حبسه بعد کون الأصل براءه ذمه المدعی علیه.

و وجّه فی الجواهر کلاـم الشـیخ بـأنّه یری ثبوت الـدین بـالبیّنه الـتی لم یعرف فسـقها، وإن جـاز للحـاکم طلب المـدّعی بـتزکیه الشاهـدین لاسترابته أو التماس الغریم أو للاسـتظهار أو نحو ذلک، ثمّ قال: إنّ المعتبر فی الشاهـد العـداله، ولایکفی مجرّد عـدم ظهور الفسق، وأنّه ما لم یثبت الدین فلایجوز حبس المدعی علیه ولا مطالبه الکفیل.

۱- (۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحدیث ۱:۱۴۸.

الثالثه: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر[۱] فإن كان الحكم موافقاً للحق لَزِمَ وإلاّ أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً، وكذا كل حكم قضى به الأوّل وبان للثانى فيه الخطأ فإنّه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثمّ تبين الخطأ فإنّه يبطل الأوّل و يستأنف الحكم بما علمه حقاً.

الشَرح:

وفيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصّل .فإنّه لو كان الأصل فى الشاهد العداله أو أنّ المعتبر فى الشهاده عدم ظهور فسق الشاهد لا يكون للحاكم مطالبه المدعى بتزكيه الشاهدين واثبات حالهما واقعاً، فإنّ طلب ذلك منه يكون كطلبه باثبات نسبهما وغير ذلك من الأُمور الراجعه إليهما، ممّا لايجب على المدّعى الاستجابه لطلبه.

وأمّا ما ذكره قدس سره من أنّه ما دام لم يثبت الدين لم يحز مطالبه المدعى عليه بالكفيل، فلايمكن المساعده عليه فإنّ مطالبته بالكفيل لاتتوقّف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبه الكفيل من المدعى عليه ليحضر مجلس الحكم لانهاء المخاصمه وفصلها سواء أكان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءه المدعى عليه وقد اعترف رحمهم الله فى باب الكفاله بمشروعيتها فى الحقوق ومنها حق الدعوى، ولعلّ مراده فى المقام عدم جواز مطالبه الكفيل بالدين لابحق الدعوى.

[۱] ذكر قدس سره فى المسأله أُموراً ثلاثه:

الأوّل: إنّ الحاكم الأوّل إذا حكم على أحد بضمان مال وحبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثانى النظر فى أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأوّل حقّاً ألزم عليه المال، وإن لم يكن حقّاً أبطل الأوّل وخلّى سبيل المحبوس سواء أكان مستند حكم الحاكم الثانى قطعياً أم اجتهاداً.

الثانى: إنّه إذا حكم الحاكم الأوّل بحكم وفصل الخصومه فى واقعه لا يجب على

....

الشَرح:

الثانى النظر فيها، ولكن لو نظر وبان له خطأ الأوّل فى حكمه أبطله.

الثالث: إنّه لو حكم هو بنفسه فى واقعه بحكم ثم بان له خطائه فى حكمه نقضه ويستأنف الحكم فيها بما يراه حقّاً.

وقد ذكر فى الجواهر فى ذيل الأمر الأوّل انّه وان جزم بوجوب النظر فى المسالك بل يظهر من عباراتهم عند تعرضهم لكون النظر فى المحبوسين من آداب القاضى تسالمهم عليه، إلاّ أنّه مع ذلك يشكل وجوب النظر لنفوذ القضاءالأوّل ويعمّه ما دلّ على عدم جواز ردّه ويحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثانى واستيفاء المال منه نظير التصرّف فى المال الذيأخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأوّل فيأنّه لا يجب النظر فيأمر ذلك المال والتفتيش عن صحّه الحكم الأوّل، بل لايجوزالنظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعه عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعه مع تراضيهما، وينفذ الحكم الثانى ولو كان مستنده اجتهاداً.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأوّل على طبق موازين القضاء عنده يعمّه ما دلّ على نفوذ الحكم، فيجوز للحاكم الثانى تنفيذ ذلك الحكم فيما إذا لم ينفذه الحاكم الأوّل ويكون تنفيذه لكونه عملاًبالحكم المزبور الذييعمّه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإنّ ايقاف تنفيذه ردّ للحكم المشروع، نعم يجوز للثانى النظر فى تلك الواقعه تكليفاً فيما إذا رضى المحكوم له بالحضور، ولكن لايكون الحكم من الثانى بخلاف الأوّل مشروعاً ونافذاً إلاّ إذا تبيّن للحاكم الثانى خطأ الأول بأن ظهر له عدم رعايه الأوّل موازين القضاء، كما إذا كان فى المسأله دليل بحيث لا ـ يقبل الاجتهاد على خلافه ولايكون الحكم المزبور إلاّ بالتقصير وعدم رعايه موازين القضاء، فإنّ فى هذا الفرض ينقض ذلك الحكم ولايجوز له تنفيذه لأنّ الحكم المزبور ليس من

عدم جواز نقض حکم الحاکم الاّ مع ثبوت خطأه

الرابعه: لیس علی الحـاکم تتّبع حکم من کـان قبله لکن لو زعم المحکوم علیه أنّ الأـوّل حکم علیه بـالجور، لزمه النظر فیه [۱]، وکذا لو ثبت عنده مایبطل حکم الأوّل أبطله،سواء کان من حقوق اللّه تعالی أو حقوق الناس.

الشَرح:

حکمهم، بل حکم بالجوروالباطل حتی ولو احتمل مطابقته للحکم الواقعی.

نعم احراز التقصـیر فی القضاء والغفله عن موازین القضاء لا یتیسّـر غالباً إلاّ فیما کان فی البین مثل الدلاله القطعیه التی یصل إلیها الفـاحص بالفحص القلیل، أو یکون من الحاکم الأوّل الغفله الظاهره فی ملاحظه موازین القضاء ، بحیث لا یحتمل الاجتهاد علی خلافها.

وممّا ذکرنا یظهر أنّه لا یسـقط نفوذ القضاء الأوّل ولو بتراضـی المتخاصمین إلاّ فیما ذکرنا وعدم النفوذ فیه لایحتاج إلی رضاهما کمـا لاـیخفی، کمـا ظهر أنّ علی الحـاکم الثـانی تنفیـذ ما حکم به الحاکم الأوّل فی موارد نفوذه؛ حیث إنّ مقتضـی ما دلّ علی نفوذه عدم الفرق بین المتخاصمین والحاکم الثانی.

وبالجمله: نظر الحاکم الثانی لا اعتبار به فی الواقعه التی انتهت الخصومه فیها بالحکم من الحاکم الأوّل بالحکم منه أوّلاً.

[۱] ذکر فی المسأله اُموراً ثلاثه:

الأوّل: عدم وجوب النظر علی الحاکم الثانی فی القضاء الصادر عن الحاکم الأوّل.

الثانی: انّه لو ادّعی المحکوم علیه بقضاء الحاکم السابق جوره علیه فی قضائه وجب علی الثانی النظر فی قضائه.

الثـالث: انّ کـل حکم من الحاکم السابق ینقض علی تقـدیر ظهور خطأه فی قضائه للحاکم الثانی، من غیر فرق بین حقوق الناس وحقوق اللّه، مشیراً إلی خلاف بعضٍ

....

الشَرح:

فى حقوق الناس، حيث قالوا انّ النقض فى حقوق الناس يحتاج إلى مطالبه المستحق.

وذكر فى الجواهر فى وجه الأمر الأوّل انّ عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى مقتضى حمل قضاء الحاكم الأوّل على الصحّه.

أقول: ماتقدم من الماتن قدس سره من وجوب النظر فى أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافى ما ذكر فى المسأله من عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فى حكم القاضى الأوّل؛ وذلك فإنّ وجوب النظر فيأمر المحبوس باعتبار انّ استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثانى، ولذا يجب النظر فيأمره ، حيث إنّ مجرّد ثبوت الحق عند القاضى الأوّل لايوجب كون الثانى ولياً على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر فى هذه المسأله فإنّ المفروض فيها انتهاء الواقعه السابقه حكماً واستيفاءً، ولكن قد عرفت ما فى الفرق فلا نعيد.

وأمّا ما ذكر صاحب الجواهر قدس سره فى وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فيمكن أن يقال بعد الحاجه إلى اجراء اصاله الصحّه فى القضاء السابق، بل لولم تكن أصاله الصحّه فيه لما كان النظر فيه واجباً على الحاكم اللاحق، لأنّ العمده فى وجوب النظر والقضاء هو وجوب القيام بأمر انهاء المنازعه بين الناس واستيفاء الحقوق لذويها ممّن عليه، ولذا ذكرنا سابقاً أنّه لو أمكن فصل الخصومه بترغيب المتخاصمين بالمصالحه لما وجب القضاء.

وعليه فالوقائع السابقه التى انتهت المخاصمه فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين فالقضاء فيها خارج عن وظيفه القاضى الثانى، سواء أكان قضاؤه فيها صحيحاً أم خطأً عنده، ولذا ذكرنا انّه لا يجوز له نقض حكمه وانّ حكمه نافذ حتى على القاضى الثانى.

....

الشَرح:

نعم لو نظر و وجـد حكمه بغير ما أنزل اللّه و بغير موازين القضاء من جهه تقصـيره يجوز له النقض بل يجب، و لعلّ مراده قـدس سره من الحمل على الصحّه نفى هذا القسم من الفساد، هذا بالاضافه إلى المخاصمات.

وأمّا بالاضافه إلى حقوق اللّه والحـدود فليس فيها إلاّ أنّ للحاكم اجرائها بعـد ثبوت موجباتها عنـده، ولا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيهـا بـالثبوت أو النفى، وعليه فان اراد الحاكم اجراء الحـدّ على من حكم الأوّل بثبوت موجبه فى حقّه فاللازم عليه احراز ثبوته.

اللّهم إلاّ أن يقال: انّ الحكم بثبوت الموجب من شؤون القاضـى ولو لم يكن حكمه بالثبوت نافـذاً فى حق الغير لما جاز للحـداد اجراء الحدّ بأمر القاضيإلاّمع احرازه ثبوت الموجب.

وذكر فى وجه الأ‌مر الثانى: إنّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قـد حكم عليه بالجور مسـموعه فانّه يعمه قوله صـلى الله عليه و آله : «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه»(۱)، من غير أن يكون فى البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لايقال: دعوى الجور على القاضـى الأوّل وكذا استئناف القضاء فى تلك الواقعه ردّ على القاضـى الأوّل فلا يجوز، وأيضاً لو جاز دعوى الجور على القاضـى الأوّل لجاز دعواه فى قضاء الأخير أيضاً، وهـذا سـدّ لباب فصل الخصومه بالقضاء، والقول بأنّ دعوى القضاء بالجور تسـمع فيما إذا كانت الـدعوى بعـد عزل القاضـى الأوّل بحيث تكون الـدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۵: ۱۷۱.

الخامسه: إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب احضاره[۱] وإن لم يُقم المدّعى بينه، فإن حضر واعترف به أُلزم، وإن قال: لم أحكم إلاّ بشهاده عدلين قال الشيخ: يكلّف البينه لأنّه اعترف بنقل المال وهو يدّعى بما يزيل الضمان عنه، وهو يشكل لما أنّ الظاهر استظهار الحكّام فى الأحكام فيكون القول قوله مع يمينه لأنّه يدعى الظاهر.

الشَرح:

على وليّه بالاضافه إلى بعض ما وقع أيام ولايته، لايمكن المساعده عليه، فإنّه لو كان السماع ردّاً للقضاء فلا يجوز قبل العزل وبعده، وان لم يكن ردّاً فلا وجه لعدم سماعه حتى على القاضى الأخير أيضاً، مع أنّ مسأله العزل لا تجرى بالاضافه إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

والظاهر أنّه ليس بردّ، فإن منصرف الرد انكار الحكم على القاضى عملاً ـ مع كون قضائه على الموازين، ولايعمّ ما إذا كانت الدعوى خطأه وخروجه عن موازين القضاء فى قضائه.

[۱] حاصل ما ذكره قدس سره فى المسأله انّ دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثانى بأنّ الحاكم الأوّل قد حكم عليه بشهاده فاسقين مسموعه سواء أقام بينه على دعواه أم لا، فإنّه ليس من شرط سماع الدعوى اقامه البيّنه بها، ولاخصوصيه للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

وعلى ذلك فعلى الحاكم الفعلى احضارالحاكم الأوّل، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه ألزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه وإن لم يعترف بأنّ ذكر أنّه لم يحكم إلاّ بشهاده العدلين، فقال الشيخ قدس سره : يكلّف الحاكم المزبور باقامه البيّنه بما ذكره لأنّه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه ويدعى عدم ضمانه فى ذلك، ويلزم على ذلك انّه لو لم يقم البيّنه يحلف المحكوم عليه ويلزم الحاكم بضمان المال.

اعتبار التعدد والعداله فی المترجم

السادسه: إذا افتقر الحاکم إلی مترجم لم یقبل إلاّ شاهدان عدلان[۱] ولایقتنع بالواحد عملاً بالمتفق علیه.

الشَرح:

ولکن مقتضـی أصاله الصحّه فی حکمه تجعله منکراً، فعلی المحکوم علیه المدعی اقامه البیّنه بما یدعیه، ولعل هذا هو المراد من قول الماتن قدس سره : إنّ الظاهر استظهار الحکّام فی أحکامهم، وأیضاً إلزام الحاکم بالمال مع اعترافه ینحصر بما إذا کان اعترافه بما یوجب الضمان، کما إذا اعترف بأنّه حکم مع علمه بفسق الشاهدین أو عدم احرازه عدالتهما.

و ممّا ذکرنا یظهر أنّه تسمع دعوی المحکوم علیه علی القاضـی الأوّل، فیما إذا ادّعی أنّه حکم علیه بشهاده الفاسقین مع علمه بفسقهما أو عدم احرازه عدالتهما، فإنّه فی هذا الفرض لو اعترف القاضـی بما یدعیه الزم بالمال ویمکن للمحکوم علیه المخاصمه مع المحکوم له أیضاً فیما إذا ادّعی أنّه کان یعلم بأنّ حکم القاضـی بشهاده فاسقین أو بشهاده من لم یکن عدالتهما محرزاً له عند حکمه، وفی غیر ذلک لا مورد لسماع الدعوی، واللّه سبحانه هوالعالم.

[۱] ذکر قدس سره أنّه لو احتاج الحاکم إلی مترجم یعتبر التعدد فیه بأن یکونا رجلین عدلین لا یکتفی بالعدل الواحد، لأنّ کفایه المتعدد متفق علیه وکفایه الواحد غیر محرز. وربّما یقال بأنّ کفایه الواحد وعدمها مبنیان علی کون الترجمه من قسم الشهاده أو من قبیل الروایه فیعتبر التعدد علی الأوّل ویکتفی بالواحد علی الثانی.

فالعمده التکلّم فی المائز بین الشهاده والخبر لیری دخول الترجمه فی أیّ منهما، وقد قیل انّ الشهاده قسم من الخبر وکل مورد ثبت فیه اعتبار التعدد فیؤخذ فیه التعدد وفی غیره یکتفی بالواحد کما هو مقتضی ما دلّ علی اعتبار خبر العدل.

وأورد علی ذلک فی الجواهر بأن الروایه غیر الشهاده فی العرف بحیث یکون

....

الشَرح:

اطلاق الشـهاده ولايكون اعتبار التعـدد وعدمه مائزاً بينهما عندالعرف بحيث يكون اطلاق الشـهاده دائراً مدار اعتباره، وانّ الظاهر دخول الترجمه فی الشـهاده بعضاً كما أنّها قد تكون روايه، فانّه إن كان المقصود من الترجمه اثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهاده الشاهد فتكون شهاده كالشهاده بالبيع أو النكاح أو الزنا وشرب الخمر فيعتبر التعدد.

وأمّـا إذا كـان المقصود ترجمه دعوى المـدّعى أو جواب المـدّعى عليه ونحو ذلـك، كـترجمه فتوى المفـتى لمقلّـديه أو ترجمه سؤال السائل عن المجتهد فيكتفى فيه بالواحد.

وبالجمله: الميزان فی تمييز أفراد الشهاده عن أفراد الروايه المقابله فی العرف فماكان من الأوّل يعتبر فيه التعدد، وفی غيره يكتفی بالواحد أخذاً بقوله سـبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(۱) فی الأوّل ربّما دلّ على اعتبار خبر العـدل فی الثانی، ولو اشـتبه فرد بينهما فيلحق بالشـهاده عملاً بالمتفق عليه، ولا دلاله لآيه النبأ على اعتبار قول العدل ونبئه مطلقاً بحيث لا يعتبر فيه التعدد لأنّ غايه مـدلولها عـدم اعتبار التبيّن فيه فی مقابل اعتباره فی العمل على نبإ الفاسق، ومن الظاهر عدم منافاه ذلك مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآيه.

ثم ذكر فی آخر كلامه قـدس سـره أنّه يمكن أن يقال باعتبار التعـدد فی كل ما له دخل فی القضاء أخـذاً بقوله صـلى الله عليه و آله : «إنّما أقضـى بينكم بالبينات»، وقوله عليه السلام : «استخراج الحقوق بشهاده رجلين الخ»(۲)، وعلى ذلك فيعتبر فی الترجمه التعدد لاباعتبار أنّها ترجمه،

۱- (۱) الطلاق:۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۴: ۱۷۶.

....

الشَرح:

بل من حيث إنّها ترجمه للشهاده أو دعوى المدعيأو اعتراف الخصم إلى غير ذلك ممّا له دخل فى موضوع القضاء انتهى.

أقول: لاـ ينبغى التأمّل فى أنّ الشهاده قسم من الخبر، فإنّ الشاهد يخبر بالواقعه الخارجيه فيكون راوياً ومخبراً بها، ولكن يعتبر حضوره الواقعه التى يخبر بها، ولو كان حضور الواقعه بمشاهدتها يعتبر المشاهده، وفيماكان الحضور لها بسماعهايعتبر سماعها إلى غير ذلك والاستعمالات الشائعه فى الكتاب المجيد وغيره، مثل قوله سبحانه:«وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»(۱) و «مَا كُنتُ قَاطِعَةً أَمْراً حَتَّى تَشْهَدُونِ»(۲) و«وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(۳) إلى غير ذلك تفصح عن اعتبار الحضور والاخبار عن حس.

وليس المراد أنّ الشهاده لاـ تستعمل فى الخبر بالشىء بمجرد الاعتقاد والعلم كقول القائل: أشهد ان لا إله الاّ اللّه ونحوه، بل المراد انصراف الشهاده إلى ما ذكر من قسم الخبر، ويعتبر فى الخبر بالشىءالعلم به، وإلاّ لدخل القول المزبور فى الكذب أو فى مثل قوله سبحانه: «لاَ تَقْفُ مَا لَيسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(۴) إلاّ أن مجرّد العلم واحراز الشىء لا يوجب دخول الخبربه فى عنوان الشهاده به، بل يعتبر فى صدقها العلم بالواقعه بحضورها.

فكل واقعه اعتبر فى ثبوتها الشهاده يعتبر فى المخبر بها التعدد والعلم بها حسياً، وفيما لا يثبت فيه إلاّ اعتبار خبر العدل والثقه يعتبر الخبر بها سواء أكان بحسّ الواقعه أم الاخبار بها مع الواسطه ولا يعتبر الخبر فيما كان المنشأ للعلم مجرّد الحدس إلاّ فيما إذا

۱- (۱) النور:۲.

۲- (۲) النمل :۳۲.

۳- (۳) الطلاق: ۲.

۴- (۴) الاسراء: ۳۶.

السابعه: إذا اتخذ القاضـی كاتباً وجب أن یكون بالغاً عاقلاً مسـلماً عدلاً بصـیراً لیؤمن انخداعه[۱]، وإن كـان مع ذلك فقیهاً كان حسناً.

الشَرح:

اندرج الخبر المزبور فی قول أهل الخبره.

ثمّ لا یخفی أنّ المترجم لا یشـهد بالواقعه التی شـهد بها الشاهدان؛ لأنّه لم یحضر تلك الواقعه وتقبل ترجمه العدلین شهود الزنا، ولاتكون أیضاً من الشـهاده علی الشهاده، حیث إنّ الترجمه تقبل فی الشهاده بحدود اللّه مع أنّه لا یسمع فی الحدود الشهاده علی الشهاده، بل الترجمه تفسیر لشهاده الشاهد والاتیان بالمرادف لكلامهما.

وما فی كلام الجواهر قدس سره من أنّ الظاهر اعتبار التعدد فی المترجم لأنّ الترجمه نظیر شـهاده الفرع لایمكن المساعده علیه، وكـذا ما ذكره أخیراً من اعتبار التعـدد فی كل ما له دخل فی القضاء أخـذاً بقوله صـلی الله علیه و آله ، وذلك فإنّ ظاهره حصر فصل الخصومه فی الواقعه المتخاصم فیها بالبینه، وأمّا تعیین الواقعه وتمییز المدّعی والمنكر فیها فلا دلاله علی كون ذلك بالبینه.

والمتحصل أنّ المترجم للشـهاده الواقعه عنـد الحاكم ولغیرها لا یـدخل فی البینه والشاهـد للمـدعی أو غیره لیعتبر فیه التعـدد، بل مقتضی السیره العقلائیه الاعتماد فی الترجمه علی الثقه العارف بلغه الشاهدین أو غیرهما، واللّه سبحانه هوالعالم.

[۱] ذكر قدس سره أنّ القاضـی إذا اتّخذ كاتباً فیعتبر كونه مسـلماً بالغاً عاقلاً عادلاً بصـیراً لئلا ینخدع، ومجرّد كونه مسلماً عاقلاً بالغـاً عادلاً غیر كافٍ، بل یعتبر كونه بصـیراً بحیث لا ینخـدع، فإنّ الكاتب أمین القضاء، فیعتبر كونه علی الصـفات المزبوره، ولو كان فقیهاً أیضاً لكان حسناً لأنّ الفقاهه كمال للشخص.

وأضـاف فی الجواهر أنّه ینبغی أن یكون جیّـِد الكتـابه بلاخلاـف أجـده فی شـیء من ذلك، ثمّ قال: ولكن قـد یقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف فی الكاتب لأنّ كتابه القضاء

الثامنه: الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم [۱] وإن عرف فسقهما اطرح و إن جهل الأمر يبحث عنهما، وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما توقّف حتى يتحقق

الشَرح:

لا تكون حجّه بنفسها لا للقاضی المزبور ولا لغيره، بحيث يعتمد عليها فی الحكم ثانياً، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن انفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه.

وبالجمله: ثمره الكتابه تذكر القاضی بقضائه فإن تذكّر قضائه فلايحتاج إلى الأوصاف، وإن لم يتذكر فلاتفيده الأوصاف، وأجاب عن ذلك بأنّ ثمره الكتابه لاتنحصر بمايكون التذكرفيه دخيلاً بل ربّما تكون الكتابه مراسله إلى قاض آخر أو أمراً أو نهياً للسائرين ممّا يكون فيه تغيير وزياده ونقيصه، وإذا كان القاضی بحيث لا يتمكن من ملاحظتها ثانياً فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبوره.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضی وكتابته بتحريف فتكون ذريعه لدعوى المحكوم عليه ببطلان قضائه وكونه على خلاف الموازين ولو مستقبلاً فاعتبار الأوصاف فی الكاتب منع عن وقوع ذلك.

[۱] ذكر قدس سره فی هذه المسأله أُمور لعلّها لاتناسب آداب القاضی بل تناسب كيفيه الحكم.

فمنها: انّ القاضی إذا عرف عداله الشاهدين سواء أكان عرفانه عدالتهما بشهاده الشاهدين بعدالتهما من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين وعرفانه عدالتهما وجداناً يحكم على طبق شهادتهما، كما أنّه لو عرف فسقهماكماذكر طرح شهادتهما، وإذالم يعلم حالهما من حيث الفسق والعداله يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

ولكن ذكر الشيخ قدس سره فی الخلاف جواز الحكم بشهاده من علم اسلامه ولم يعلم فسقه، وبه روايه شاذه لم يعمل بهامعظم الأصحاب، ويستفاد من كلامه قدس سره إنّ الفحص

....

الشَرح:

عن عداله الشاهدين وظيفه الحاكم وأنّه لا يطالب المدّعى بالتعديل.

ويقال بانه يظهر ذلک ممّا ورد فی حکایه فعل النبی صلی الله علیه و آله فی التفسیر المنسوب إلی الحسن بن علی العسکری: وأنّه کان یرسل شخصین من قبله لا یعلم أحدهما الآخر یسألان قبیلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح وثناء حکم، وإن جاء بشرّ ستر علیهما ودعا الخصمین إلی الصلح، وإن لم یکن لهما قبیله سأل الخصم عنهما فإن زکّاهما حکم وإلاّ طرحهما.(۱)

وفیه أنّ الروایه لضعف السند غیر قابله للاعتماد علیها ولادلاله لها أیضاً علی أنّ الفحص عن عداله الشاهدین وظیفه الحاکم لأنّ فعله صلی الله علیه و آله لعلّه لتسهیل الأمر للمدّعی المکلّف باقامه البیّنه علی دعواه. فإنّ ظاهر ما ورد فی أنّ البیّنه علی المدّعی انّ علیه اثبات أنّها شاهدان عدلان، وایضاً ما ورد فی ذیلها من حکمه صلی الله علیه و آله مع تزکیه الخصم لایلتزم به، فإنّ مجرّد تزکیته لاتکفی فی احراز کون شهادتهما بینه، کما لایکون اعترافاً من الخصم بمایشهدان به لیقال ثبوت الدعوی لاعتراف الخصم بها، فإنّه یمکن أن یزکّیهما ویخطّئهما بما یقولان، وعلی کل تقدیر فإن بحث الحاکم وثبت عنده عداله الشاهدین یحکم بما شهدا به، ومع عدم ثبوتها لا یمکن الحکم بشهادتهما سواء أظهر الجرح أم لا، وکذا لو علم اسلامهما بل وإیمانهما ولم یعرف عدالتهما، فإنّ مجرّد الإیمان مع عدم احراز الفسق لاتکون عداله، ودعوی أنّ الأصل فی المؤمن العداله لا أساس لها وإن قال به الشیخ قدس سره وحکی عن الاسکافی والمفید قدّس سرّهما .

وقد یقال فی وجه ذلک إنّ الإسلام والإیمان مع عدم ظهور الفسق عداله، أو أنّه لا یشترط فی قبول الشهاده العداله بل المعتبر فی الشاهد الإسلام والایمان مع عدم

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۴.

ما يبنى عليه من عدالهٍ أو جرح، وقال فى الخلاف: يحكم وبه روايه شاذه ولو حكم بالظاهر ثمّ تبيّن فسقهما وقت الحكم نقض حكمه[۱].

الشَرح:

ظهور الفسق، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ»(۱)، فإنّ مدلوله كفايه الشاهدين من المسلمين وآيه النبأ قد دلّت على الغاء خبر الفاسق أكان فى مقام الشهاده أو غيرها، واستصحاب عدم الفسق يدخل الشاهد فى عموم المستثنى منه، لا يقال: قوله سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ»(۲) مقتضاه اعتبار العداله فى الشاهد وبه يقيّد الاطلاق فى الآيه الأُولى، فإنّه يقال: لادلاله للآيه على كونها مقيّده لأنّ الوصف لا مفهوم له.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ صحيحه ابن أبى يعفور الآتيه قد علّقت قبول الشهاده على عداله الشخص المنكشفه بحسن الظاهر، كما إنّها تنافى كون العداله اسلام الشخص وعدم ظهور فسقه، كما أنّها تنافى كون الأصل فى المسلم أو المؤمن العداله، وكذا غيرها من الروايات، وحمل فعل المسلم على الصحّه بمعنى أنّه لا يعصى اللّه سبحانه فيما أمكن أمر آخر ولا يرتبط بمسأله ترتيب آثار العداله على الفاعل، وما ذكر قدس سره من الروايه الشاذه سوف نتعرض لها فى بحث الشهادات، وسنذكر أنّها معرض عنها ومعارضه بما أشرنا إليها من الروايات وموافقه للعامّه فتطرح.

[۱] لعلّ المراد أنّه إذا حكم القاضى فى واقعه بشهاده شاهدين قد أحرز عدالتهما بوجه معتبر كما كان فى البين بيّنه بعدالتهما أو باعتقاده عدالتهما الحاصل بالخلطه أو بغيرها، ثمّ بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنّه ينقض حكمه ويتمكن المحكوم

۱- (۱) البقره :۲۸۲.

۲- (۲) الطلاق: ۲ .

....

الشَرح:

علیه من ترک العمل بقضائه، فیحتاج إلی تجدید الدعوی؛ والوجه فی النقض انکشاف عدم کون الحکم بالبیّنه العادله فلا یکون نافذاً، فیلزم انشاء الإلغاء واعلانه لئلا یفوت علی المحکوم حق أو یتوجه إلیه ضرر.

وقد یناقش فی النقض بأنّه غیرجائز، لأنّ الحکم کان علی موازین القضاء بنظر القاضی حین قضائه.

وبتعبیر آخر: الموضوع لنفوذ حکمه کونه بشهاده رجلین قد أحرز عدالتهما عند حکمه لا ـ العداله الواقعیه، فیکون نظیر جواز الاقتداء، حیث إنّ الموضوع له احرازعداله الإمام عند الإقتداء بصلاته لاعدالته الواقعیه، ولذا لا یکون انکشاف فسق الإمام موجباً لبطلان صلاه المأموم.

ولکن لا یخفی انّ الموضوع للحکم النافذ کونه بالبینه أیبشهاده العدلین، ونظر القاضی واحرازه طریق إلی ما هو الموضوع لنفوذ حکمه وجوازه، وبانکشاف عدم عداله الشاهدین یعلم عدم تحقق الحکم النافذ، ودعوی أنّ العداله احرازها شرط لم یعلم لها وجه صحیح، بل الأمر فی الائتمام أیضاً کذلک حیث إنّ الموضوع لجواز الائتمام عداله الإمام.

وما فی بعض الروایات: «لاتصلّ إلّاخلف من تثق بدینه»(۱)، لا ـ یدل علی کون الموضوع لجواز الائتمام الوثوق بعداله الإمام، حیث إنّ ظاهره أخذ الوثوق والعلم و نحوهما فی خطاب الحکم بما هو طریق لا لدخله فی موضوع الحکم، ولا أقل من حمله علی ذلک جمعاً بین الروایات وعدم اعاده الصلاه بعد انکشاف بطلان الجماعه لحدیث لاتعاد، والروایه الوارده لاتتعدی عن مدلول الحدیث.

ص: ۹۷

۱- (۱) الوسائل: ۴، الباب ۱۰ من أبواب صلاه الجماعه، الحدیث ۲:۳۸۹.

....

الشَرح:

هذا كلّه فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهاده، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله وبعد الشهاده فلا موجب لجواز النقض؛ لأنّ الحكم كان بالبينه العادله، وكذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنّ مقتضى الاستصحاب فى عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصاله الصحّه فى حكمه كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّ ما ذكر فيما اتّفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين وأراد تجديد الدعوى فإنّه لا يجوز التجديد فإنّ جوازه يناقض نفوذ القضاء وفصل الخصومه، ويكشف عن ذلك قولهم بأنّه يمهل ثلاثه أيّام لو ادّعى وجود الجارح، فإنّ مقتضاه أنّه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلك المدّه فيما حكم الحاكم، ولا يوجب دعواه الجارح بعد المدّه توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنّ الاتيان بالجارح وظيفه المحكوم عليه، وإذا لم يأت به وقت الحكم وحكم القاضى فى الواقعه فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم فى واقعه بحلف المنكر مع عدم اتيان المدّعى بالبيّنه ثم ظفر بالبيّنه فإنّ الظفر عليها لا يفيده بعد الحكم، كما يشهد بذلك بعض الروايات، وكذا فيما إذا قيل بأنّ الفحص عن الجارح وظيفه الحاكم وقد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادّعى المحكوم عليه ترك القاضى الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من احراز حال الشاهدين للشياع المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أنّ الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما.

عدم جواز التعديل على حسن الظاهر فى التعديل

ولايجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر[۱]، وينبغيأن يكون السؤال عن

الشَرح:

[۱] حاصله عدم جواز الشهاده بعداله شخص اعتماداً على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاشر له فى غير خفاياه إلّا الخير والمواظبه على وظائفه الشرعيه كالصلاه فى أوقاتها، لأنّ العداله كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، وربّ شخص ظاهره الفقر وفقد المال وباطنه على خلاف ظاهره، وكذا الحال فى العداله خصوصاً فى ما إذا كان متصدياً لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامه فى الصلاه، بل يعتبر فى احراز عداله الشخص المعرفه المتقادمه بباطنه، بأن يعرف أنّ باطنه وخفاياه أيضاً حسن كظاهره فتكون المعرفه كذلك بطول المعاشره ليمكن له احراز ملكه العداله، هذا بحسب احرازها.

وأمّا بحسب أداء الشهاده بها فتكفى الشهاده بها مطلقه، أيبلاحاجه إلى تفسير عدالته بأن يصرّح له ملكه اجتناب الكبائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه وانه يترك الإصرار على الصغائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه، فإنّ التفسير كذلك لايحتمل اعتباره لعسره نوعاً وينبغى للحاكم أن يسأل الشاهد بعداله الشاهد سرّاً لأنّ السؤال وأداء الشهاده سرّاً يجعل الشاهد بالعداله بعيداً عن التهمه، بأنّه يشهد بالعداله حياءً أو خوفاً وتقيه، أو لغير ذلك من الدواعى، هذا كلّه فى التعديل.

وأمّا الجرح فلابدّ من تفسيره فى مقام أداء الشهاده، لعدم العسر، حيث يكفى فى الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافاً للشيخ قدس سره ، حيث اكتفى فيه أيضاً بالاطلاق لعدم حاجه معرفه فسق الشخص إلى المعرفه الباطنه المتقادمه لحصول الفسق بفعل واحد وكفايه احرازه به.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى أنّ حسن الظاهر طريق معتبر إلى عداله الشخص، ومع احراز القاضى حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون قيام البينه بالحسن كعلمه

التزكيه سرّاً فإنّه أبعد من التهمه ويثبت مطلقه[۱]، ويفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه ولا يثبت الجرح إلاّ مفسراً، وفى الخلاف يثبت مطلقاً.

الشَرح:

وجداناً بها كما هو ظاهر صحيحه ابن أبى يعفور(۱)، وفى موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت اخوته»، ولا تنافى بينها وبين الصحيحه لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقاً إلى عداله الشخص.

ثمّ إنّه بما أنّ حسن الظاهر طريق إلى العداله فلايعتبر فى صوره العلم بباطن الشخص وكون خفاياه على خلاف ظاهره، كما انّه لايسقط هذا الطريق عن الاعتباربالعلم اجمالاً بأنّه قد صدر عن الشخص فى خفاياه بعض الحرام ولو صغيراً فى بعض الأوقات.

لأنّ مع احتمال التوبه يكون حسن ظاهره معتبراً لاحتمال اصابه حسن الباطن ولو قلنا كما هو الصحيح بأنّ الصغيره أيضاً بلا توبه كالكبيره بدونها قادحه فى العداله كما هو غير بعيد، على مايأتى فى بحث العداله فى مباحث الشهادات.

[۱] قيل فى وجه التفرقه بين التزكيه والجرح باعتبار التفسير فى الثانى دون الأوّل بأنّ التفسير فى الأوّل يحتاج إلى تعداد الكبائر والاصرار على الصغائر والشهاده بالترك بالملكه الحاصله له وترك ما ينافى المروه، وهذا أمر حرجى على المزكّى لايحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنّه يكفى فى ثبوته سبب واحد، ولأنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى كبيره أم لا ، يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنّه موجب للفسق أم لا.

وأورد على ذلك فى الجواهر بماحاصله: إنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۸۸.

....

الشَرح:

كبيره كما أنّها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيره، كذلك أنّها لا تقدح فى العداله مع عدم الاصرار عليها عند من لايراها كبيره، وإذا شهد المزكّى بالعداله واحتمل القاضى انّ الشخص يرتكب مايراه كبيره ممّالا-يراه المزكّيأنّها كبيره فكيف يقبل شهادته بالعداله مطلقه ولا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير.

ثمّ قال: الأقوى كفايه الاطلاق فى الشهاده بالعداله والفسق، لا لأنّ الحاكم يحرز كلًّا من المزكّى والجارح عارف بالمعاصى الكبيره والصغيره ومايناقى المروه وما لاينافيها، وإلّالم يصحّ لهما الشهاده بالعداله بالفسق ومع احرازه كذلك لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، وذلك فإنّ الاحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلًّامن المزكّى والجارح يعرف أسباب الجرح والتعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافقه فى الفتوى، بل الوجه فى كفايه الاطلاق ماهو معلوم من طريقه الشرع من حمل شهاده المزكّى والجارح على العدل والفسق الواقعيين، ولو مع اختلاف الاجتهاد فى الواقع، نظير سائر الموارد من الشهاده بالملك أو الطهاره أو الزواج وغير ذلك من موارد الشهاده بالمسببات مع وقوع الاختلاف فى بعض أسبابها.

وأنكر بعض الأعاظم هذا الكلام وذكر أنّ السيره على قبول الشهاده بالعدل أو بالفسق أو الملك أو غيرها ممّا وقع الخلاف فى أسبابه مطلقاً غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف فى الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبين.

أقول: مقتضى السيره هو الحمل على الواقع إلّا مع احراز الاختلاف، ومعه لا يفرق بين التعديل والجرح.

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيّنه فى التعديل والجرح ولكن لايبعد دعوى اعتبار خبرالعدل الواحد؛ لأنّه طريق معتبر فى الأحكام والموضوعات التى لا يدخل

ولايحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه ويكفى العلم بموجب الجرح، ولو اختلف الشهود فى الجرح والتعديل قدّم الجرح لأنّه شهاده بمـايخفى على الآخرين، ولو تعارضت البينتان فى الجرح والتعـديل قال فى الخلاف: توقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً [١].

الشَرح:

فى عنوان الـدعوى وبعض الموضوعـات التى اعتبر الشـارع فى ثبوتها طريقاً خاصاً، ولـذلك يمكن للحاكم فى التعـديل والجرح الاعتمـاد على الاستصـحاب، ولو كانت عـداله المخبر أو الشاهـد من قبيل الـدعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، وأيضاً يشـكل التعديل أوالجرح فيما إذا تعارضت البينه وخبرالعدل، كما هو الحال فى تعارض خبر عدل فى الأحكام مع خبر عدلين آخرين.

[١] ومراده قـدس سـره إنّ الجرح شـهاده بمـا يخفى على الاـخرين والمزكّى فى الغـالب يشـهد بـأنّه لـم ير من الشاهـد المعصـيه والجارح يشهد بأنّه يراها منه، ولا منافاه بين عدم رؤيه شخص ورؤيه شخص آخر.

وفى الجـواهر: انّه يتم فيمـا إذا لم يعين الجـارح وقت المعصـيه، وأمّا مـع التعيين وشـهاده المزكى انّه كـان فى ذلـك الـوقت فى المسجد أو غيره من الأمكنه فيقع التعارض لا محاله.

أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكى كما إذا ذكر الجارح أنّه رأى منه المعصيه الفلانيه وقال المزكى أنّه عدل فعلاً وانّه لو وقع منه مـا ذكرت فقـد تـاب منه فعلاً، ولكن مع تعـارض مـا أخبرا به أيضاً تكون النتيجه تقـديم قول الجارح؛ لأنّه إذا لم تتم البينه على المدعى عليه تصل النوبه إلى استحلافه.

وعن الشـيخ قـدس سـره فى الخلاـف انّه مع اختلاف الشـهود فى التزكيه والجرح توقف الحاكم عن الحكم، ويأمر المتخاصـمين بالمصالحه، ولا يتوجه اليمين إلى المنكر؛

استحباب تفريق الشهود

التاسعه: لابأس بتفريق الشهود [۱]، ويستحب فيمن لا قوّه عنده.

الشَرح:

لاحتمال كون الشهاده بالدعوى بيّنه ومعها لاتصل النوبه إلى اليمين.

وفيه أنّه لو تم ذلك لاقتضى التوقف عن الحكم أيضاً فيما كان لدعوى المدّعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكّى لهما.

والحلّ إنّ شهاده العدلين إنّما تكون بيّنه فعلاً ـ للحاكم فيما إذا تمكن من احراز عدالتهما، مع أنّه يمكن احراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجارى فى عدم حدوث ملكه العداله أو حسن الظاهر أو الاستقامه فى الدين لهما، لأنّ كلّ ذلك من الأمر الحادث المسبوق بالعدم، ولا ـ يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث انّ الفسق لا ـ أثر له فى المقام، وأنّ الموضوع والمستند لحكم القاضى عداله الشاهدين كما تقدم.

[۱] ذكر فى الجواهر أنّه لا يجوز للقاضى تفريق الشهود والسئوال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعه التى يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم وتشتت كلامهم أو بغير ذلك، ويستحب ذلك فى مورد الريبه، كما إذا لم يكن للشاهد قوه عقل بحيث يحتمل تلبيس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهاده غلطاً، كما يشهد بذلك فعل دانيال عليه الصلاه والسلام فى شهود الزنا(۱)، ومافعل داود عليه الصلاه والسلام فى منكرى قتل صاحبهم وأخذهم ماله(۲)، أضف إلى ذلك قوله سبحانه لنبيه صلى الله عليه و آله من الأخذ بهداهم بقوله: «فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ».(۳)

لايقال: قد نسخت الأحكام الثابته فى الشرائع السابقه بشريعتنا، فاستجاب التفريق

ص: ۱۰۳

۱- (۱) الكافى۷:۴۲۵، التهذيب ۶:۳۰۸.

۲- (۲) الكافى۷:۳۷۲.

۳- (۳) الانعام :۹۰.

....

الشَرح:

فی شرعهم لا یقتضی الاستحباب فی شریعتنا، فانّه یقال لیس المراد من نسخ الشرائع السابقه بشریعتنا نسخ کل واحد واحد من تلک الأحکام، ولا ینافی الأمر ببعض ما کان فی تلک الشرائع. وأیضاً یلاحظ المروی من فعل علی علیه السلام فی سبعه خرجوا فی سفر ولم یرجع واحد منهم من تفریق السته الراجعین(١)، بل یظهر منه أنّه یجوز للقاضی التوسل إلی معرفه الحق بکل وسیله مباحه فی نفسها کالتکبیره فی الناس ونحوها. وفی المسالک أنّ التفریق قبل أن تتم البینه فی الواقعه وقبل طلب الحکم، کما إذا کان التفریق قبل تزکیه الشهود، وإلاّ ـ لم یجز ترک الحکم والتفتیش عن الحق حتی فی فرض ثبوت الریبه. فإنّ مجرد الریبه لاتمنع عن الحکم بعد تمام مقدمات الحکم وطلب المدّعی، ودعوی أنّه لا دلاله فی البین علی وجوب الحکم علی القاضی مع ثبوت الریبه وإن طلب المدّعی الحکم، کما عن بعض، لایمکن المساعده علیها.

وعلی ذلک فاللازم حمل جواز التفریق واستحبابه فی کلام المصنف قدس سره إلی ما قبل تمام مقدمات الحکم، أو علی مقام اداء الشهاده، حیث إنّ أداء الشهاده تفریقاً أحد فردی الأداء، والقاضی مخیّر بینهما، ویستحب الاداء التفریقی مع ثبوت الریبه؛ انتهی.

أقول: إذا تمت مقدمات الحکم وطلب المدعی القضاء فلادلیل علی عدم جواز تأخیر القضاء فیما إذا کان فی البین ریبه إذا احتمل القاضی تدارک المظلمه والعلم بالواقع مع التأخیر وتفریق الشهود والسؤال من کل واحد منهم من غیر اطلاع الآخرین، فإنّ هذا التأخیر لا ـ ینافی القیام بالقسط والحکم بما أنزل اللّه، ولا ـ الدلیل السابق المذکور علی وجوب القضاء حفظاً للأمن واستیفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرین.

١- (١) الکافی٧: ٣١٧، والوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ١:٢٠۴.

ما يعتبر فى الشهاده بالجرح

العاشره: لا يشهد شاهد بالجرح إلّا مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعاً موجباً للعلم[۱]، ولا يعوّل على سماع ذلك من الواحد والعشره لعدم اليقين بخبرهم.

الشَرح:

نعم المنقول من دانيال عليه السلام ظاهره تفريق أهل الدعوى فى سماع دعواهم، ولكن صدر الروايه الوارده فى قضاء علىّ عليه السلام فى قضيه اليتيمه من قبيل تفريق الشهود، إلّا أنّ الزنا حيث لا يثبت بشهاده النساء منفرده فيمكن أن يكون تفريقهن للتوسل إلى الواقع ودفع المظلمه المحتمله من غير أن يكون فى البين تأخير القضاء.

ويستفاد من المروى فى قضيه داود عليه السلام أنّه يجوز للقاضى محاكمه المتهم بنظره لتدارك المظلمه المحتمل وقوعها، وإن لم يكن دعوى من ذى الحق لعدم جزمه بدعواه.

ويقوى هذا الجواز فيما كان فى البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام وأمن البلاد، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] لا ـ يخفى أنّ الفسق كغيره من الأُمور يعتبر فى الشهاده به من احرازه حسّاً، والمراد حسّ المشهود به أو حسّ مالاينفك عن المشهود به عاده، ولذاتمكن الشهاده بالشيء اعتماداً على الاستفاضه الموجبه للعلم به عاده، حيث لا تنفك هذه الاستفاضه عن ثبوته، بخلاف الشهاده بالشيءاعتماداً على استصحابه أو خبر العدل به ونحو ذلك ممّا لايكون حسّاً بذلك الشيء ولاعلماً به عاده، نعم لو كان ذلك الشيء ممّا يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، وقد تقدم انّ عداله الشاهد يعتبر فيه الخبر به ولايتعين الشهاده به، ولذا يمكن للقاضى الاعتماد على استصحاب عداله الشاهد، كمايعتمد فى تعديل الرواه وتوثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال فى تشخيص حال الرواه.

....

الشَرح:

ودعوى الاجماع على اعتبار الشهاده فى ثبوت العداله، كما عن جماعه، لا يمكن المساعده عليها، وكيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضى على الاستصحاب فى عداله الشاهد.

نعم يعتبر فى ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير، الشهاده، على ما تقرّر فى بحث الحدود.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار الحسّ فى الشهاده هو القاعده الأوّليه. وقد يقال بجواز الشهاده ببعض الامور مع عدم الحسّ بها كالشهاده بالملك اعتماداً على اليد وبالعداله اعتماداً على حسن الظاهر، ونحو ذلك ممّا قيل بأنّ ذلك مقتضى الأدلّه الخاصّه الوارده فى مواردها، ويأتى البحث فى بعضها أو جلّها فى بحث الشهادات ان شاء اللّه تعالى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّه لا يكفى فى شهاده بالفسق مجرّد مشاهده الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصيه، ولا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلك، ودعوى انّ للأفعال ظهوراً كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور فى الثانى يعتمد على الظهور فى الأوّل لايمكن المساعده عليها؛ فانّ الفعل بما هو ليس له ظهور وإنّما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإن أفاد تلك المقارنات العلم فهو، وإلاّ فلا يجوز الشهاده بالفسق، لأنّه من الظن الذى لا يغنى من الحقّ شيئاً، نعم لاعبره بالاحتمال الذى لا يعتدّ به ولا ينافى الجزم فى العاده.

أقول: دلاله الفعل كدلاله اللفظ بالاضافه إلى مدلول الفعل انشاءً أو اخباراً بالدلاله العرفيه فاعطاء المال الفقير ظاهره تمليكه إيّاه، فيجوز له تمليكه الغير مجاناً أو بلاعوض، وأمّا كون الفاعل ملتفتاً إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنّه كان مكرهاً على ارتكابه أو مضطراً أم لا، فمثل ذلك لا تدخل فى دلاله الفعل لا عقلاً

....

الشَرح:

ولاعرفاً، فلابد من احراز ذلك من الخارج.

بقى فى المقام أُمور:

منها: أنّ الشاهدين فى الواقعه إذا كانا عدلين عند القاضى ولكن اعترف المدعى بفسقهما فهل يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فإنّ ميزان القضاء احراز القاضى كون شهادتهما بينه، والمفروض تحقق ذلك فلا إعتبار باحراز المدّعى أو اعترافه كما لا اعتبار بنظر خصمه، وقد يقال: بأنّه لايصحّ له الحكم لاعتراف المدّعى بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إنّ المعتبر فى القضاء عداله الشاهدين واقعاً، واحراز القاضى يعتبر طريقاً، لا أنّه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: احراز القاضى عداله الشاهدين وإن كان موضوعاً لجواز القضاء بشهادتهما تكليفاً إلاّ أنّ المدّعى مع عدم احرازه ثبوت حقّه واقعاً لايمكن أن يرتب على قضائه أثر الواقع والقضاء النافذ، فلايجوز له مطالبه القاضى بحبس المدّعى عليه بالدين الذى شهد به الشاهدان، كمايجوز للمدعى عليه الإمتناع عن اداء الدين المزبور أخذاً باعترافه فسق الشاهدين وكون القضاء ليس على الموازين.

ومنها: ماذكره جماعه أنّه يجوز للحاكم الحكم مع عدم احراز عداله الشاهدين بالاعتماد على تصديق المدعى عليه عدالتهما، لأنّ اعترافه بعدلهما اعتراف بثبوت الحكم النافذ بشهادتهما، ويدلّ على ذلك ماعن تفسير العسكرى عليه السلام من فعل رسول اللّه صلى الله عليه و آله واقباله على المدعى عليه وسؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلاّ خيراً غير أنّهما قد غلطا فيها شهدا علىّ أنفذ شهادتهما.(۱)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۴.

ولو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبيّن ماينافيها، وقيل: إن مضت مده يمكن تغيّر حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحدّ لذلک بل بحسب ما يراه الحاکم.

الحاديه عشره: ينبغی أن يجمع قضايا کل اسبوع[۱] ووثائقه وحججه ويکتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر کتب عليه من شهر کذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه ثم کتب عليه قضاء سنه کذا.

الشَرح:

ولکن تقدم انّ الروايه لا ـ يمکن الاعتماد عليها کما تقدم، وان نفوذ الحکم فرع جوازه تکليفاً وإذا لم يحرز القاضی عداله الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوزله القضاء تکليفاً ليکون ذلک الحکم نافذاً علی المدعی عليه باعترافه أو بدونه.

[۱] المراد من جمع قضايا کل اسبوع جمعها فی الکتابه وضبطها فی ديوان الحکم بأن يکتب ولو بأمره کاتبه کل واحد من الوقائع المرفوعه إليه وأربابها بأسمائهم وحکمه فيها، وأنّه قد حکم فی الواقعه الفلانيه بکذا بالبينه الفلانيه أو باقرار المدعی عليه أو بيمين المنکر أو اليمين المردوده، ثمّ يجمعها ويکتب عليها انّها قضايا القاضی فلان بن فلان فی اسبوع کذا من شهر کذا ومن سنه کذا.

وإذا جمع قضايا الشهر يکتب عليها إنّها قضايا فلان بن فلان فی شهر کذا من سنه کذا واذا جمع قضايا الشهور يکتب عليها انها قضايا القاضی فلان بن فلان فی سنه کذا، کل ذلک لتسهيل المراجعه إلی الواقعه المرفوعه إليه وحکمه فيها عند الحاجه منه أو من غيره، يعنی القاضی الذی يجیء من بعده، فإنّ الکتابه وان لم تکن من شرائط القضاء ونفوذه، إلاّ أنّها من آدابه ومستحباته، لأنّ بها نوع سعی فی حوائج الناس وتحفظ علی حقوقهم.

بل لا يبعد وجوبها إذا طلبها ولیّ الأمر الذی نصبه للقضاء رعايه للأمن وحقوق

....

الشَرح:

الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها واستحبابها من معتبره عقبه بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث سأل عليه السلام غيلان بن جامع قال: «كيف تقضى ياغيلان؟ فأجاب: أكتب هذا ماقضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنه كذا ثم أطرحه فى الدواوين، قال: قلت: هذا هوالحتم من القضاء».(۱)بل يستظهر من قوله سبحانه: «إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى اَءَجَلٍ مُسَـمّىً فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» الآيه(۲)، بدعوى أنّ القضاء أولى بالتحفظ عليه من الدين، وإذا كانت كتابه الدين للتحفظ مطلوبه فهى فيأمر القضاء أولى.

هذا بالاضافه إلى الكتابه للإيداع فى الديوان، وأمّا إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون حجه عنده فلا دليل على وجوب الاجابه، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، وان نسب وجوبها إلى الاشهر، إلاّ أنّه لا دليل عليه فضلاً عن وجوبها مجاناً، والتمسّک فى ذلک بقوله تعالى: «وَلاَـ يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ»(۳) لاـ يمكن المساعده عليه، فإنّ الوجوب فى مورد الآـيه غير ثابت فضلاً عن التعدى عنه إلى المقام، حيث إنّ الكتابه ليست شرطاً فى الدين ولا واجباً فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقّه عليها، كما إذا نصب ولىّ الأمر لانفاذ القضاء شخصاً آخر لا يعلم الحق إلاّ بالكتابه أو شرط عليه فى الانفاذ كتابه القاضى لزم الكتابه، وهذا أمر آخر، ويجوز للقاضى أخذ الأُجره على الكتابه كما تقدم سابقاً، والوجه فى اللزوم أنّ القضاء بغير انفاذه لاـ يثمر فيأمن البلاد واستيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآـخر ولكن الواجب الكتابه لا اعطاء القرطاس والمداد ونحوه.

ص :۱۰۹

۱- (۱) الكافى۷: ۴۲۹.

۲- (۲) البقره: ۲۸۲.

۳- (۳)البقره :۲۸۲.

الثانيه عشره، كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابه المحضر فإن حمل له من بيت المال مايصرفه فى ذلك وجب عليه الكتابه، وكذا ان أحضر الملتمس ذلك من خاصه ولايجب على الحاكم دفع القرطاس من خاصّه.

الثالثه عشره: يكره للحاكم أن يعنت الشهود [١] إذا كانوا من ذوى البصائر، والأديان القويه مثل أن يفرّق بينهم، لأنّ فى ذلك غضاً منهم، ويستحب ذلك فى موضع الريبه.

الرّابعه عشره: لا يجوز للحاكم أن يُتعتع الشاهد[٢]، وهو أن يداخله فى التلفّظ بالشهاده أو يتعقبه، بل يكفّ عنه حتى ينهى ما عنده، وإن تردد. ولو توقف فى الشهاده لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام على الإقامه، ولا تزهيده فى إقامتها وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه. ويجوز ذلك فى حقوق اللّه تعالى، فان الرسول صلى الله عليه و آله قال لما عزا! عند اعترافه بالزنا «لعلّك قبّلتها لعلك لمستها» وهو تعريض بايثار الاستتار الشَرح:

نظير ما يقال من أنّ الواجب هو تكفين الميت لا اعطاء الكفن فإنّه مقتضى قاعده نفى الضرر، وأيضاً الواجب نفس الكتابه لا الكتابه مجاناً، وقد ذكرنا فى بحث أخذ الأُجره على الواجبات أنّ مجرّد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأُجره عليه ممن يستفيد من ذلك الفعل، بل المانع عدم الماليه لذلك الفعل أو الغاء الشارع الماليه بايجابه على المكلف مجاناً، حيث يدخل بذلك أخذ الأُجره عليه فى أكل المال بالباطل.

[١] الاعنات: ادخال المشقه والأمر الشاق ولو بملاحظه حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيره والذهن والقوى، فيكون التفريق بينهما فى مقام اداء الشهاده والاستفسار والاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبه مكروهاً، بخلاف ما إذا كان الشاهد فى شهادته مورد الريبه، فإن التفريق والسؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

[٢] حاصله أنّه لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد بأن يتداخل أثناء شهاده الشاهد

....

الشَرح:

بكلام ليتكلم به فى شهادته، أو يعرض عمّا يريد التكلّم به، أو يتكلّم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تتمه لشهادته، كل ذلك بقصد ايقاع الشاهد و هدايته إلى شهاده تنفع المدعى أو تضرّه، ولو بأن تكون مسموعه أو مردوده.

وعن المسالك عدم الفرق فى عدم جواز ذلك بين كون الشاهد مريداً التكلم به فى ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا وقرّره فى الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدّعى أو تضرّره وكون شهادته مسموعه أو مردوده، و أضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخله القاضى وغيره سوى الخصم حيث يجوز له المداخله.

والوجه فى عدم الجواز أنّ فى المداخله المزبوره تضييع حق وترويج باطل ونحوهما ممّا هو معلوم حرمته من غير الحاكم فضلًا عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن فى المداخله المزبوره تضييع حق أو ترويج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانه على ابراز مقصده ونحو ذلك فيشكل الحكم بحرمته والأصل الجواز.

وأيضاً لو تردد الشاهد أثناء شهادته لم يجز للحاكم ترغيبه فى الشهاده باقامتها أو إكمالها، كما لايجوز تزهيده فى الشهاده وايقاعه فى الشك فى المشهود به بعد كونه جازماً بالشهاده به.

والوجه فى عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لا يجوز الشهاده مع الترديد، وفى الثانى نهى عن المعروف أى اقامه الشهاده، ولا يختص هذا بالشاهد، بل لايجوز ايقاف الخصم عن اقراره بحق المدعى فإنّه ظلم لغريمه.

نعم يجوز هذا الايقاف فى حدود اللّه، كما يظهر ذلك ممّا فعله النبى صلى الله عليه و آله فى قضيه ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلّك قبّلتها»(۱) على المروى فيها.

۱- (۱) سنن البيهقى۸: ۲۲۶، نيل الأوطار ۷: ۱۰۴، باب استفسار المقر بالزنا.

الخامسه عشره: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه [۱].

السادسه عشره: الرُشوه حرام [۲] على آخذها ويأثم الدافع لها إن توصّل بها إلى الحكم له بالباطل ولو كان إلى حق لم يأثم، ويجب على المرتشى إعاده الرشوه إلى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

الشَرح:

أقول: يظهر ذلك من صحيحه مالك بن عطيه وغيرها أيضاً من المرويات فى الحدود.

وما ذكر من عدم جواز الترغيب فى اقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنّه عالم بالحق والواقع وإنّه كان حاضراً فى الواقعه وإنّ تردّده فى اقامتها بسبب تردّده فى بعض الخصوصيات التى لا دخل لها فى ثبوت الموضوع كزمان الواقعه ومكانها فالأظهر فى مثل ذلك جواز الترغيب، فإنّه داخل فى الأمر بالمعروف، وكذا يجوز تزهيده فيما إذا احتمل أنّ اقامتها لعدم التفاته فعلاً بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعه بالحسّ خصوصاً إذا كان التزهيد قبل اقامتها، فإنّ هذا التزهيد غير داخل فى النهى عن المعروف.

[۱] يكره للقاضى أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما فى ذلك تهمه ميل القاضى إليه. وفى معتبره السكونى: «إنّ رجلاً نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أيّاماً ثمّ تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحوّل عنّا فانّ رسول اللّه نهى أن يضاف الخصم إلّا و معه خصمه»(۱)، ومناسبه الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهه؛ لأنّ الضيافه المزبوره لادخل لها فى الخصومه والقضاء إلّا نحو ايهام الميل إليه كما لا يخفى.

[۲] قد تكلّمنا فى المكاسب المحرّمه فى حكم الرشا الحكم، بالاضافه إلى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من آداب القاضى، الحديث ۲: ۱۵۷.

احضار الخصم مجلس القضاء

السابعه عشره: إذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره[١ [إذا كان حاضراً، سواء كان حرّر المدّعى دعواه أو لم يحرّرهـا، وأمّـا لوكان غائباً لم يعـده الحاكم حتى يحرّر الـدعوى، والفرق المشـقه فى الثانى وعـدمها فى الأوّل، هـذا إذا كان فى بعض مواضع ولاـيته وليس له هنـاك خليفه يحكم، وإن كـان فى غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه وإن كان غائباً، ولو ادّعى على امرأه فإن كانت برزه فهى كالرجل، وإن كانت مخدّره بعث إليها من ينوبه فى الحكم بينها و بين غريمها.

الشَرح:

الراشي والمرتشى تكليفاً وفى حكمه وضعاً وبيان مصاديقه، وكذا فى حكم الهديه للقاضى، ولا حاجه إلى اعادته فى المقام.

[١] وحاصله أنّه إذا طلب أحد الخصمين من القاضى احضار خصمه مجلس الحكم وكان ذلك الخصم حاضراً فى البلد لزم على الحـاكم الاجابه باحضاره، بلافرق بين التماسه قبل تحرير دعواه أو بعـده، وبلافرق بين كون خصـمه من ذوى الشـرف والمروّات وعدمه، وبلافرق بين كون الاحضار بكتابه يدفعها إلى المدّعيأو إلى غيره من أعوانه أو أعوان الحكومه، ومع امتناعه عن الحضور اسـتعان بهم على احضـاره، كـل ذلـك مقتضـى اطلاـق كلامه قـدس سـره وادّعى على وجوب الاجابه لالتماس الخصم ولو قبل تحرير الـدعوى فى صوره كون الخصم حاضـراً فى البلـد الاجمـاع، وان خالف الاسـكافى فيما إذا كان الخصم من أهل الشـرف والمرّوات.

و أمّا إذا لم يكن الخصم حاضـراً فى البلـد فلايجب على الحاكم أن يعـده أى أن يمهله للحضور إلاّ مع تحرير الدعوى و وجدان القاضى دعواه مسموعه، والفرق يبن حاضر البلد والغائب عنه تيسّر الحضور فى الحاضر وعدم تيسّره فى الغائب.

والاحضار بعـد تحرير الـدعوى يختص بما إذا كان الغائب فى موضع يدخل فى ولايه القاضـى ولـم يكن فيه للقاضـى خليفه، ولو كان فيه خليفه له يقال تسمع القاضى

....

الشَرح:

بينه المدعى إن كانت، وأرسل إلى خليفته أن يحكم فى واقعتهما.

وإن لم يكن ذلك البلد داخلاً فى ولايته حكم فى الواقعه مع غياب الخصم ان كانت للمدعى بينه كما سيأتى فى القضاء على الغائب، وإن رضى المدّعى بالحضور إلى ذلك البلد ليحكم القاضى فى ذلك البلد بينهما أرجع الواقعه إلى ذلك الحاكم.

هذا كلّه فيما إذا كان الخصم رجلاً، أمّا إذا كانت امرأه فان كانت برزه يعنى من النساء التى من عادتهن البروز لحوائجهن وحضور مجالس الرجال فهى كالرجل فيما ذكر، وأمّا إذا كانت مخدره تمتنع من الخروج إلى حوائجها من غير ضروره ولا تخرج إلى مجالس الرجال بعث إليها من يثق به ليحكم بينها وبين غريمها.

أقول: لا موجب على القاضى فى توجيه الطلب إلى الخصم بالحضور مجلس الحكم قبل تحرير المدّعى دعواه من غير فرق بين حضور الخصم و غيابه؛ لأنّه ما دام لم يثبت كون دعواه مسموعه، لا يثبت للمدّعى حقّ الدعوى ومن الظاهر أنّ تيسر الحضور وعدمه لا يوجب الحق فى الاول دون الثانى مع انه ربّما يكون الحضور للمخاصمه أمراً صعباً وحرجياً للخصم، كما إذا كان من أهل المروه ومعروفاً بعدم اعتدائه على الناس فى حقوقهم وأموالهم، ولذا قيل إنّه لا يوجّه إليه الطلب.

نعم لو علم القاضى بأنّ دعوى المدّعى مسموعه بقرينه حاله يمكن دعوى لزوم احضار خصمه مع امكانه سواء أكان حاضراً فى البلد أم غائباً عنه، كما أنّه لافرق بين المرأه والرجل، حيث يمكن للمرأه المخدره أو الرجل الذى من أهل المروه والشرف التوكيل فى المخاصمه.

ثمّ إنّ ثبوت ما ذكر فى حق القاضى المنصوب بالنصب الخاص، أمّا من يحكم فى الواقعه المرفوعه إليه بالنصب العام فوجوب الاجابه له عند طلب الخصم منه احضار

....

الشَرح:

خصمه مع تمكنه عليه لايخلو من قوه، بناءً على ماتقدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس وفصل الخصومه بينهم، واستيفاء حقوق بعضهم من بعض، واللّه سبحانه هوالعالم.

ص :١١٥

النظر الثالث:

ص :١١٧

النظر الثالث:

فی کیفیه الحکم.

وفیه مقاصد:

المقصد الأوّل: فی وظائف الحاکم، وهی سبع:

الأُولی: التسویه بین الخصمین [۱] فی السلام والجلوس والنظر والکلام والانصات والعدل فی الحکم، ولا تجب التسویه فی المیل بـالقلب لتعـذّره غالباً، وانّما تجب التسویه مع التساوی فی الإسـلام أو الکفر، ولوکان أحـدهما مسـلماً جاز أن یکون الـذمی قائماً وإنّما تجب التسویه والمسلم قاعداً أو أعلی منزلاً.

الشَرح:

[۱] ذکر قدس سره أنّه یجب علی القاضی التسویه بین الخصمین فی السلام بدءاً أو ردّاً، والجلوس بأن یجلسهما فی مکان لایعدّ مکـان أحـدهما أعلی المجلس والآـخر أسـفله، بل مقتضـی عبارته أنّهما لو جلسا کـذلک کلّفهما بالجلوس سواء، کما هو ظاهر التسویه بینهما اللازمه رعایتها علی القاضـی، ویـدخل فیها التسویه فی النظر إلیهمابأن لایختص نظره إلی أحـد هما أو یکون أکثر منه إلی الآـخر، وفی الکلاـم معهمـا سـواء أکـان الکلاـم راجعـاً إلی المشـاجره أم غیرهـا، وفی الانصـات والاسـتماع إلیهمـا عند تکلّمهما، کما یجب علی القاضی العدل فی الحکم بینهما.

أقول: العـدل فی الحکم بینهمـا ممّـا لاـینبغی التأمّـل فی اعتباره لقوله سـبحانه: «وَإِذَا حَکَمْتُم بَیْنَ النَّاسِ أَن تَحْکُمُوا بِالْعَـدْلِ»(۱)، ولکن لایعرف من العدل فی الحکم إلاّ الحکم علی موازین القضاء وترک الجور فیه وإلاّ یکون الحکم باطلاً غیر نافذ.

۱- (۱) النساء: ۵۸.

....

الشَرح:

أمّا غيره من التسويه فى السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين وإلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقاً، كمايجد الناظر فى كلمات الأصحاب، ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : مَن ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الاشاره وفى النظر وفى المجلس».(١) وقد تقدمت معتبرته فى اضافه أحد الخصمين(١)، ولعلّ ما ذكر فى المعتبره من باب المثال والمراد التسويه بينهم ولو فى غير ذلك من كيفيه المعاشره والاكرام، لئلا يتوهم أحدهما ميل القاضى إلى الآخر، وأنّه يقضى له ولو بالجور عليه، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى خبر سلمه بن كهيل من قول على عليه السلام لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لايطمع قريبك فى حيفك ولاييأس عدوّك من عدلك».(٢)

والظاهر أنّ الايهام المزبور حكمه فى رعايه التسويه، فيعمّ لزومها حتى ما إذا عرف القاضى بأنّه لا يعدل عن الحق والحكم على موازين القضاءحتى مع أقرب الناس إليه، وأيضاً يختصّ التسويه بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، ولو كان أحدهما مسلماً فلايجب رعايتها.

نعم يتعين الحكم بالعدل وعدم الجور لماتقدم وعدم رعايه التسويه لعدم كون الكافر أهلاً للاكرام ولا يكون مساوياً للمؤمن، وفى المرويعن على عليه السلام : «أنّه جلس فى جنب شريح فى حكومه له مع يهودى فى درع وقال: لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن قد سمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقول: لاتساووهم فى المجلس».(۴)

١- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١:١٥٥.

٢- (٣) المغنيلابن قدامه ١١:۴۴۴.

....

الشَرح:

كما أنّ التسويه تختص بالأفعال ولاتعم الميل القلبى بأنّ لايحبّ أن يكون الحق والحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين وأن يظهر التسويه بالاضافه إلى ذلک أيضاً من صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام فى حكايه قاض فى بنى اسرائيل.(۱)

والوجه فى عدم الوجوب كون التكليف فى التسويه فى الميل القلبيأمراً حرجياً وشاقاً، ولايمكن أن يعتمد على الصحيحه فى الحكم بلزوم التسويه فى الميل القلبى بالاضافه إلينا بل غايتها ثبوت ذلک فى بنى اسرائيل، وتصدى الإمام عليه السلام لنقلها لا يدلّ على بقاء ذلک الحكم بحدّه بل يكفى بقاء أصل مطلوبيتها وقد كان فى بنى اسرائيل من التكاليف الشاقه وليكن هذا منها خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».(۲)

والمتحصل أنّ الموجب لهلاک القاضى ميله عن موازين القضاء فى حكمه. وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام :يداللّه فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمه، فإذا حاف وكله اللّه على نفسه»(۳)، بناءً على أنّ المراد بالحاكم القاضى أو مايعمّه، بل يكفى فى ذلک قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا».(۴)

ولكن الانصاف أن التسويه فى الجلوس والنظر والكلام والانصات وغير ذلک من حسن المعاشره من الآداب المستحبه للقاضى، كما نقل ذلک عن الديلمى والعلّامه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱:۱۶۴.

۲- (۲) الحج :۷۸.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب القاضى، الحديث ۱:۱۶۴.

۴- (۴) المائده: ۸.

الثانيه: لا يجوز أن يُلقّن أحد الخصـمين ما فيه ضرر على خصمه[١] ولا أن يهـديه لوجوه الحِجاج، لأنّ ذلك يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدّها.

الشَرح:

و غيرهمـا، ولاـ يتعين رعايتها، لأنّ الظاهر أنّ الأمر بها لـدفع ايهام أحـد المتخاصـمين إنّه يراعى جانب الآخر ويعـدل عن الحكم بالحق، وهذا ليس من الملاك الملزم، خصوصاً بعد ما علم المتخاصـمان من القاضـى العدل فى حكمه، وأنّه لايعدل عن القضاء بموازينه فى أى قضيه ترفع إليه.

[١] ذكر قدس سره أنّه لا يجوز للقاضـى أن يلقّن أحد الخصـمين مايضـرّ خصمه بأن يلقّنه مايكون موجباً لسماع دعواه، كما إذا قال المدّعى إنّ له بيد خصمه مالاً فسكت قال له الحاكم لابدّ من انّك رأيت المال المزبور وتتمكن من توصيفه وتعيينه والداعى له إلى هذا القول تلقين المدّعى أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليمكن سـماعها، أو يلقن أحد الخصـمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريـد انكار الدين عليه بدعوى الاداء: انّك ما اقترضت من مدّعى المال عليك بداعى تلقينه أنّ له مع علمه بفراغ ذمّته انكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضـرر ولوكان مالياً، والوجه فى عدم الجواز أنّ القاضـى جُعل لسد المنازعه، وتلقينه فى الأوّل فتحٌ لبابها، كما أنّ تلقينه طريق الاحتجاج اضـرار أو فيه ضـرر لخصـمه فإنّ مقتضـى الاستصحاب بقاء الدين على عهده مدّعى الاداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا يجوز فيما إذا لم يحرز القاضـى صـدق مـدعى الاداء، أمّا مع علمه فالتلقين المزبور اعانه للمظلوم وانتصـار له، ومـا قيل من أنّه مع احراز الصـدق لا يحتاج إلى التلقين فإنّ للحاكم أن يحكم بعلمه يـدفعه امكان المانع عن حكمه من غير انكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمه لإيصال الحق إلى صاحبه.

الثالثه: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلّما[١] أو ليتكلّم المدّعى، ولو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك. ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لمايتضمن من إيحاش الآخر.

الرابعه: إذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ويستحب ترغيبهما فى الصلح[٢] فإن أبيا إلاّ المناجزه حكم بينهما وإن اشكل اخّر الحكم حتى يتضح،

الشَرح:

وأيضاً تلقينه مايصحح دعوى المدّعى لم يعلم عدم جوازه فإنّ التلقين المزبور وإن يوجب فتح باب المرافعه، ولكن مجرّد ذلك ليس مانعاً عن جوازه، لأنّ القاضى جعل لفصل المنازعه لا لسدّها، كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره انّه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضى أن يوجّه اليهما الخطاب بقوله تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، ولو أحسّ القاضى إنّ الخصمين قد دخلاهما الخجل والاستحياء من القاضى، يقول لمن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، ويكره للقاضيأن يوجّه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلّم؛ لأنّ توجيه الخطاب إلى أحدهمابخصوصه ادخال الآخر فى الوحشه.

أقول: لم يعلم الوجه فى ترتب أمره لمن يقول لهما ذلك على احساسه بأنّ سكوتهما لاحتشامه. ولعلّ توجيه الخطاب إليهما داخل فى عنوان المعاشره بالمعروف، ويستحب بذلك العنوان، ولكن قوله قدس سره : ويكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافى ما سبق من وجوب التسويه بين الخصمين فى الكلام ودعوى استثناء ذلك من العموم المزبور كماترى!

وكيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيه إلى أحدهما تركاً للاستحباب.

[٢] يستحب للقاضى دعوه المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما؛ لأنّه داخل

ولاحدّ للتأخير الاّ الوضوح.

الخامسه: إذا ورد الخصوم مترتبين بُـدئ بالأوّل فالأوّل [۱]، فإن وردوا جميعاً قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب اسماء المدعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتحضر الحكومه معه وليس بمعتدٍ، ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعه ويستدعی صاحبها، وقيل: إنّما تكتب اسماؤهم مع تعسّر القرعه بالكثره.

الشَرح:

فی الأمر بالمعروف، بل الصلح والإصلاح فی نفسه أمر مستحب، وفی صحيحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه عليه السلام : «لإن أصلح بين اثنين أحبّ إلیّ من أتصدّق بدينارين»(۱)، ويمكن أن يستظهر ذلك من قوله سبحانه: «وَلاَ تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَن تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ»(۲)، وإذا سئل المدّعی المناجزه حكم بينهما علی ماتقدم من وجوب القضاء وفصل الخصومه بين الناس.

وإذا أشكل الحكم بينهما لعدم احراز القاضی المدّعی من المنكر فی الواقعه أو عدم تشخيصه الكبری فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف فی الكبری فلا يجوز له الحكم؛ لأنّه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء فی الواقعه إلی وضوح الحكم و خروج قضائه عن القضاء بغير علم وعن كونه قضاءً بغير موازينه.

[۱] قيل إنّ البدء بالأوّل لكونه أحقّ بالسبق، وعلی ذلك فإن كان السابق واحداً تعيّن وان لم يحرز السابق أو وردوا جميعاً يقرع بينهم بكتابه اسم كل واحد منهم فی رقعه وجمع القاضی تلك الرقع تحت الساتر ويخرج واحداً واحداً وإذا خرج اسم واحد أجری الحكم بينه وبين خصمه، بعد سماع دعواه ومطالبته القضاء بينهما، ولا يحتاج إلی كتابه اسماء الخصوم مع أصحاب الدعوی لأنّ القضاء ومطالبته حق للمدعی.

۱- (۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۱ من أحكام الصلح، الحديث ۱:۱۶۲.

۲- (۲) البقره: ۲۲۴.

السادسه: إذا قطع المدّعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم تسمع[۱] حتى يجيب عن الدعوى وينتهى الحكومه ثمّ يستأنف هو.

الشَرح:

وقيل بـذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصـحاب الـدعوى للحكم، ولكنه ضـعيف لما تقـدم من عـدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعه، و ربّما قيل: إنّ كتابه أسـماء المدّعين كما ذكر بعد تعذّر القرعه أو تعسـره لكثره المدّعين وإلاّ يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع فى بنادق من طين ونحوه وسترها، ولكن لايخفى أنّ كلا النحوين من القرعه فيما بينهم، فلا يتوقف اختيار كتابه الأسماء كما ذكر على تعذّر الأوّل أو تعسره.

نعم الكلام فى تعيّن اصـل القرعه وعـدم تخيير القاضـى فى اختيار الأوّل، فالأوّل فيما وردوا جميعاً، بل مع ورودهم مترتّبين، فإنّ الورود أوّلاً ـ لا ـ يوجب الحق الملزم للسـابق حتى تجب القرعه لاـخراجه وما تقـدم من لزوم التسويه على تقـدير القول به لا ينافى التخيير فى المقـام، فإنّهـا بالاضـافه إلى المتخاصـمين فى واقعه لا بين الخصم فى واقعه وبين خصم للآخر فى واقعه أُخرى، وهـذا فيما إذا لم يشترط على القاضى فى نصبه تقديم السابق، وإلاّ فعليه رعايته مع احراز السابق، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] إذا قطع الخصم دعوى خصـمه بدعوى أُخرى لا تسـمع منه حتى يجيب عن الدعوى ويحكم القاضى فيها. وكذا إذا بدر أحد الخصـمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنّه لا تسـمع دعوى خصـمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالانكار أو بالاقتدار أو بغيرهما ويحكم القاضـى فيهـا، وكلّ ذلك بملاحظه ان السابق والمبادر بطرح دعواه لسـبقه فى دعواه أحق بالقضاء بناءً على ما تقـدم من كون ذلـك موجباً للحق الملزم ولا يبعـد كون ذلك من الآداب إلاّ إذا احتمل القاضـى الارتباط بين الـدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانيه الحال فى بعض الخصوصيات فى الدعوى الأُولى.

السابعه: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سُمِعَ من الذى عن يمين صاحبه، ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء[١] مالم يستضرّ أحدهما الشَرح:

ولو ابتدرا معاً فالذى على يمين خصمه أولى بالدعوى، وقد حكى على ذلك الاجماع عن السيد والشيخ قدس سرهم ، ويستدل على ذلك بخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام»(١)، وصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا تقدمت مع خصم الى والٍ أو إلى قاضٍ فكن عن يمينه».(٢)

ولكن لايخفى أنّ الخبر لضعف سنده وعدم تمام دلالته لا يمكن الاعتماد عليه؛ فإنّ سند الصدوق قدس سره إلى محمّد بن مسلم فيه على بن أحمد بن عبداللّه عن أبيه، وابن الجنيد وان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب ولكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أنّ المراد بصاحب اليمين من كان جالساً يمين خصمه لايمين القاضى غير ظاهر أمّا صحيحه عبد اللّه بن سنان فلا دلاله لها على حكم طرح الدعوى وأحقيه صاحب اليمين فى طرحها؛ لأنّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحباً فى نفسه، ولذا ذكر فى الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم ويستحب للقاضى أن يقدم الذى عن يمين خصمه بالكلام، وأمّا دعوى الاجماع فيظهر الحال فيها بمراجعه كلمات الأصحاب، وعدم كونه على تقديره مدركياً.

[١] يعنى إذا كان أحد المدعيين حاضراً والآخر مسافراً، فلايكون المسافر أحق بالقضاء بينه و بين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما فى سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرّاً بحاله، وإلاّ يقدم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲و ۱:۱۶۰.

۲- (۲) المستدرک: ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب القاضى، الحديث ۲: ۳۵۸.

بالتأخير، فيقدم دفعاً للضرر، ويكره للحاكم أن يشفع فى اسقاط حق أو ابطال[١].

الشَرح:

وقيل: ان تضرر المسافر لا يوجب سقوط حق الحاضر، كما فى الازدحام على سائر الحقوق المشتركه، ويجاب بأنّ التخيير فى المقام حتى القاضى وترجيحه، ومع عدم المرجح الشرعى يرجع إلى القرعه فى حق تخييره ولزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعى فى حق تخييره، ومثل المسافر المرأه التى تتضرر بالتأخير عن بيتها.

ولكن لا يخفى أنّ لزوم الممانعه عن تضرّر الآخر مطلقاً غير محرز.

[١] ذكر قدس سره انّه يكره للقاضى الشفاعه إلى أحد الخصمين فى اسقاط حقّه بعد ثبوته بحكمه أو ابطاله حقّه فى الدعوى على خصمه قبل حكمه، ويستدل على ذلك بما عن النبى صلى الله عليه و آله حيث سأله أُسامه حاجه لبعض من خاصمه إليه فقال: «يا أُسامه لا تسألنى حاجه إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعه».(١)

وعلى ذلك فقد يتراءى التنافى بين ذلك وبين ماتقدم من أنّه يستحب للقاضى ترغيب المتخاصمين فى الصلح الموجب للاغماض عن بعض الحق، وربّما يجمع بينهما بجعل الصلح أمراً متوسطاً بين الاسقاط وعدمه أو ترغيبهما فى الصلح ببعث القاضى شخصاً فى ترغيبهما، أو كون الترغيب إلى الصلح مستثنى من الحكم المزبور لكون الصلح أمراً مرغوباً إليه وكون اصلاح ذات البين أفضل من الصدقه، خصوصاً فيما كان الترغيب قبل ثبوت الحق، حيث إنّ ظاهر الروايه مع ضعف طريقه الشفاعه بعد ثبوته كما لا يخفى.

١- (١) المستدرك: ١٧، الباب ١١ من أبواب القاضى، الحديث ٢: ٣٥٨.

عدم سماع الدعوى المجهوله

المقصد الثاني: في مسائل متعلّقه بالدعوى، وهي خمس:

الأُولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله[١]، مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً ويقبل الاقرار بالمجهول ويلزم تفسيره، وفي الأوّل اشكال، وأمّا لو كانت الدعوى

الشَرح:

[١] المحكي عن الشيخ وأبي الصلاح وبني حمزه وزهره وادريس والعلّامه في التحرير والتذكره لا تسمع الدعوى فيما إذا كان المدّعى به مجهولاً ـ لم يعيّنه المدّعي أو لم يصفه بمايرفع جهالته، كما إذا ادّعى أنّ له على الآخر فرساً أو ثوباً من غير ذكر خصوصياته وأوصافه، وعلّل ذلك بعدم الفائده في سماعها، حتى فيما لو أقرّ به خصمه، حيث لايمكن أخذ المعترف بشيء معيّن.

وأورد على ذلك بأنّهم ذكروا سماع الاقرار بالمجهول، ويكلّف المعترف بالتفسير، فإن فسّره بشيء تعيّن أخذه به لنفوذ اقراره على نفسه، ومع عدم تفسيره يؤخذ بما يصدق عليه عنوان المدعى به، وعلى ذلك فاللازم سماع دعوى المدّعي لإ مكان اعتراف خصمه به، فيلزم لسماع الاقرار بالمجهول سماع الدعوى المجهوله.

و دعوى الفرق بين الاقرار بالمجهول والدعوى المجهوله حيث إنّه لو لم يسمع الاقرار بالمجهول لأدى ذلك في بعض الأحيان إلى رجوع المعترف عن اعترافه، وفيه ذهاب حق الغير، بخلاف الدعوى المجهوله، فان الزامه بالتفسير لا ـ يوجب رفع يده عن دعواه أو ذهاب حقّ الغير عليه، ولكن لا يخفى ما فيها، حيث إنّ المدّعي قد لايتمكن من تفسير دعواه وتعيين المدّعى به لنسيانه، فعدم سماع دعواه يوجب رفع يده عنها، وان يضيع حقه على الغير.

وقال بعض: أنّه لو كانت الجهاله في الدعوى بحيث توجب خروج ما يذكره عن عنوان الدعوى على الغير في بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلّا مع رفعه ذلك الاحتمال. وإذا قال إنّه أتلف عليّ ثوباً واحتمل كونه ممّا لا ماليّه له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما اذا

وصـيه سُـمِعَت وإن كانت مجهوله لأنّ الوصيه بالمجهول جائزه، ولا بدّ من ايراد الدعوى بصيغه الجزم[١] فلو قال: أظن أو اتوهّم لم تُسمع، وكان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه ويحلف المنكر، وهو بعيد عن شَبَه الدعوى.

الشَرح:

قـال أتلف عليّ ثوبـاً من أموالى، وقال بعض آخر: أنّه لو كان المـدعى به من القيميات وفرض تلفه فيعتبر فى سـماع دعواه تعيين القيمه التى يـدعيها على خصـمه، وإن كـان مثليـاً فيعتبر تعيين أوصـافه بمـايعتبر فى بيعه سـلفاً ولا يعتبر تعيين القيمه وإن كان من الأثمان فيعتبر جنسه ووصفه ونقده وقدره.

قال فى الدروس تبعاً للشـيخ قدس سره : لا يعتبر فى بيع شيء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنّه يعتبر فى سـماعها تعيين النقـد لأنّ الدعوى إخبار عن الماضـى فيحتمل النقود المختلفه بخلاف البيع حيث إنّه إنشاء وايجاب فى الحال ينصرف اطلاقه إلى نقد البلد، وأمّا دعوى الوصيه فإنّها تسمع وان كانت الوصيه المدّعى بها لم تتعيّن لصحّه الوصيه بالمجهول.

أقول: لا يعتبر فى سماع الدعوى ارتفاع الجهاله عنها، بل لو كانت الدعوى بحيث مع اقرار الخصم يلزم بالتفسير، ومع اعتذاره عن التفسـير بالنسـيان ونحوه يلزم بمايصـدق عليه عنوان المـدّعى به، كان هذا كافياً كماتقدم، ولا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك، وممّا ذكر يظهر وجه المناقشه فيما ذكره فى الدروس ولا حاجه إلى الاعاده.

[١] ذكروا فى سـماع الـدعوى بإلزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمه، فلا تسـمع فيماكانت على وجه التردّد أو الظن، كما إذا قال: أحتمل أو أظن أنّ لى عند زيد أو عليه مالاً، ويقال فى وجه اعتبار الجزم تاره بعدم صدق الدعوى بدونه.

فانّهـا الاخبـار الجـازم، وأُخرى بـأنّ من لازم الـدعوى شـرعاً أنّه إذا ردّ المنكر اليمين على المـدعيأو نكل أن يتمكن من الحلف عليها.

....

الشَرح:

ولكن لاـ يخفى ما فى الاستدلال بهما، فإنّ صدق المنازعه والمخاصمه، بل صدق الدعوى فى موارد الاتهام ظاهر، وجواز ردّ الحلف أو الرد بالنكول يثبت فى غير موارد الجزم أيضاً، غايه الأمر لا يجوز للمدّعى فى تلك الموارد الحلف بحقّه لعدم علمه، فيلزم ايقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتى.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، وهو: أنّ الأماره أو الأصل الجارى فى الواقعه عند القاضى يعتبر فى حق المدّعى المزبور أيضاً لفرض عدم علمه بالواقع، ومقتضى الاعتبار فى حقه أيضاً عدم جواز الزام خصمه بشىء.

ولكن هذا الاستدلال لاـ يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان فى البين بيّنه، أو يحتمل أن يعترف بحقّه لو كان خصمه ملزماً بالجواب لاحتماله علمه بالواقع وثبوت حقّه. اللهم إلاّـ أن يقال إنّ مع البينه بحقه تكون دعواه جازمه لأنّها علم بالواقع، وأمّا مع عدمها فاحتماله له علم خصمه بحقّه على تقديره لا يفيده شيئاً فى سماع دعواه حيث إنّ الاماره أو الأصل حجّه لعدم ثبوت الحق له ليطالب به الآخر أو يدعى عليه.

نعم لا يجوز لمن لاجزم له بحقّه ولكن كان مقتضى الأصل المعتبر ثبوت حقّه أن يوجه الدعوى إلى غريمه اعتماداً عليه، كما إذا استدان منه آخر وشكّ فى أنّه أدّى ما عليه من الدين أم لا فيجوز له الأخذ باستصحاب بقاء الدين على عهدته ويوجّه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغير فى هذه الصوره بلاوجه، وكذا ماكان له عند غيره مالاً فاحتمل عدم ردّه عليه ونحو ذلك.

وبالجمله: فالقول باعتبار الجزم فى سماع الدعوى على الاطلاق لايمكن المساعده عليه.

ثمّ إنّه لا يجوز له فى موارد عدم سماع الدعوى بغير جزم ابراز الدعوى بصوره

موارد اعتبار الجزم فی سماع الدعوی

....

الشَرح:

الجزم فإنّ الإخبار عن جزم يدخل فی الكذب، والتوريه لا تنفعه مع عدم جزمه، فلو علم القاضی انّه غير جازم فی دعواه وأنّه أبرزها بصوره الجزم فلايرتب عليه أثراً.

نعم مع عدم علمه بذلك يكون ظاهر قوله معتبراً فی كونها علی نحو الجزم كان كاذباً أو مورّياً، وهذا بخلاف موارد الدعوی اعتماداً علی الأصل المعتبر، فإنّه يجوزفيها الدعوی بنحوالجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

وقد يقال: انّ عدم سماع الدعوی مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعی عليه مأموناً، وأمّا إذا كان متّهماً فتسمع الدعوی فی موارد الاتهام، كما فی دعوی القتل والسرقه ونحوهما فيماكان المدّعی عليه غير مأمون، وعن بعضهم تخصيص السماع فی المال الذييكون بيد المدعی عليه للعمل فيه للمدعی أو استيفائه منه حقّه أو بوجه العاريه والوديعه، فإنّ صاحب المال إذا اتّهمه بالخيانه بامساك المال أو اتلافه أو الافراط والتفريط فيه وكان متهماً غير مأمون تسمع دعواه، وإن لم يكن اتهامه علی نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التی وردت فی ضمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسماع الدعوی، بل مفادها أن الأجير ضامن لما تلف بيده، إلاّ إذا أقام بيّنه أنّه لم يحصل منه افراط وتفريط واتلاف من غير توقف الضمان علی حلف المالك. وهذا الحكم وان التزم به جماعه ولم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهره فی خلافه، إلاّ أنّه علی كل تقدير خارج عن البحث فی المقام.

بقی فی المقام أمر، وهو أنّه إذا تردد المدعی عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل ابنی أحد هذين، أو سرق أحدهما مالی، أو أنّ أحدهما مديون لی، فهل علی القاضی سماع الدعوی بمطالبتهما بالجواب أو أنّه يعتبر فی سماعها تعيين المدعی عليه؟

فقد يقال بعدم السماع لعدم وجوب الجواب علی كل منهما لعدم توجه الدعوی

....

الشَرح:

إليه بل لعدم فائده الجواب لو قال كل منهما نعم واحد منّا كذلك، حيث إنّ الاقرار كذلك لا يوجب على المقرّ شيئاً، فإنّه ليس من الاقرار على النفس، بل الاقرار المزبور جامع بين الشهاده على الغير والاقرار على النفس، بل لوكان للمدّعى بيّنه على دعواه، وشهدت تلك البيّنه بالحق من غير تعيين من عليه الحق لا تفيد شيئاً، إذ البيّنه لا تزيد على علم القاضى بالحال وأنّه لا يمكن له الحكم على أحدهما بذلك العلم الاجمالىإلاّ فى موارد خاصه، كتقسيط الديه عليهما أخذاً بما ورد فى الميت يوجد بين أهل قريه ونحوهما.

ويظهر من المحقق فى باب القصاص السماع فى مثل دعوى القتل، قال: ولو قال قتله أحد هذين سمع، إذ لاضرر فى احلافهما ولو أقامت بيّنه سمعت لا ثبات اللوث. وفى المسالك: الوجه فى سماع هذه الدعوى عدم تضررهما باحلافهما بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث إنّ المدّعى يتضرّر بذهاب حقه لإخفاء القاتل قتله غالباً حتى لا يدّعى عليه غالباً، وكذلك غير القتل من السرقه والخيانه والاتلاف فإنّه فيأمثال هذه تسمع الدعوى على المردّد بخلاف دعوى القرض والبيع ونحوهما ممّا لايكون فى الغالب إلاّ ظاهراً فإنّه لا تسمع فى هذه الموارد الدعوى على المردّد واحتمل السماع حيث إنّ الانسان عرضه للنسيان ولايتوجّه من سماع الدعوى ضرر على المدّعى عليهم ولا يثبت بالبيّنه بالمردّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعنى التهمه ويتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المردّد بين محصورين يقسّط ذلك الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعه تسمع الدعوى على المردّد، حيث يثبت التقسيط أو الاخراج بالقرعه باقرارهم، وكذا مع نكولهما أو ردّهما اليمين على المدّعى.

ص :١٣٢

....

الشَرح:

وأمّا إذا لم يثبت التقسيط والاخراج بالقرعه كما هو كذلك بالاضافه إلى التقسيط فى غير مورد القتل، وكذا الاخراج بالقرعه لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ماورد فيها، بل من الآيه المباركه فى قضيه يونس على نبيناو آله وعليه الصلاه والسلام فمقتضى الأصل من ناحيه عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا فى مثل الجنابه المردّده بين شخصين عدم مطالبه أى منهما أو منهم بشىء.

لا يقال: لا يجرى فى المقام الأصل فى ناحيه عدم الاشتغال فى حق كل واحد لكون جريانه كذلك ضرر على المدعى، كما أنّ حديث نفى الضرر ينفى الأحكام الواقعيه عند كونها ضرريّه كذلك ينفى الأحكام الظاهريه الموجبه للضرر.

وبتعبير آخر حكومه قاعده نفيه على حدّ سواء بالاضافه إلى الأحكام المجعوله واقعيه ً كانت أو ظاهريه.

فإنّه يقال: لو سلم ذلك فمن المقرّر فى محلّه أنّه لاحكومه لقاعده نفى الضرر فى موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتناناً والمقام منه، فإنّه كما أنّ فى جريان الاستصحاب فى حقّ كل منهما ضرراً على المدّعى فرفع الاستصحاب أيضاً فيه ضرر على المدّعى عليهم.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى سماع الدعوى مع الترديد فى صاحب الحق، كما لو ادّعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، وأنّه بناءً على التقسيط أو الاخراج بالقرعه تسمع الدعوى، بل السماع فى الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكّل أحدهما الآخر فى الدعوى عليه، ومع هذا التوكيل يمكن للوكيل توجيه الدعوى الجازمه إليه، غايه الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو بردّه اليمين يقسط ذلك الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعه، واللّه سبحانه هو العالم.

ص :۱۳۳

الثانيه: قال إذا كان المُدّعى به من الأثمان، افتقر الى ذكر جنسه ووصفه ونقده. إن كان عَرَضاً مثلياً، ضَبَطَه بالصفات، ولم يفتقر الى ذكر قيمته، وذكر القيمه أحوط. وإن لم يكن مثلياً، فلا بد من ذكر القيمه، وفي الكل إشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار.

الثالثه: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدّعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدّعى؟ فيه تردد[۱] والوجه أنّه يتوقف لأنّه حق له فيقف على المطالبه.

الشَرح:

[۱] ذكر قدس سره أنّه إذا تمت الدعوى من المدّعى فهل على القاضي أن يطالب المدعى عليه بالجواب أو أنّ مطالبته يتوقّف على التماس المدّعى، ففي ذلك تردّد، فإنّ الشيخ قدس سره حُكى عنه قولان، ولكن الوجه أنّه يتوقف على التماسه فإنّ الجواب يرجع إلى حق المدّعى فيتوقف على مطالبته.

وذكر في الجواهر: أنّ الأوجه خلاف ذلك، وأنّ مطالبه الحاكم لا يتوقف على التماس المدّعى للأصل، وانّ الجواب حق للحاكم فإنّه المكلّف على فصل الخصومه المتوقف على المطالبه بالجواب.

وعن الشهيد الثاني وجه آخر لعدم التوقف وهوقيام القرينه الحاليه على مطالبه المدّعى وارادته الجواب؛ إذ الانسان لايحضر بخصمه مجلس الحكم إلّا لارادته فصل الخصومه المتوقف على سماع القاضي جواب خصمه، وأورد في الجواهر في هذا الوجه بأنّ مقتضاه توقف المطالبه بالاتماس ولوكان ذلك الالتماس بشاهد الحال.

أقول: إن كان المراد بالأصل الأصل العملي فلاينبغي التأمّل فيأنّ مقتضاه عدم وجوب مطالبه المدّعى عليه بالجواب عند التماس المدّعى حيث إنّ الوجوب في الفرض محرز ومع عدم التماسه مدفوع بأصاله البرائه.

وإن كان المراد منه الاطلاق في مثل قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»(۱) فقد

۱- (۱) النساء: ۱۳۵.

الرابعه: لو ادّعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك إمام رافعه إليه وإن لم يكن وكان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولايه وإن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته[١].

الشَرح:

تقدم انّ وجوب القضاء على القاضى مشروط بمطالبته منه، ولا يجب عليه احضار المتخاصمين من غير مراجعتهما إليه أو التماس المدّعى القضاء، وعلى ذلك فمع مطالبه القضاء فعلى القاضى أن يطالب خصمه بالجواب التمس المدّعيأو لم يلتمس.

[١] حاصله أنّه إذا كان لأحد الرعيه دعوى مال أو حق على القاضى تسمع تلك الدعوى على القاضى كماتسمع دعوى أحد الرعيه على مثله ، كمايشهد بذلك ما نقل عن على عليه السلام من حضوره مع خصمه عند شريح، وثبوت منصب القضاء لا ينافى ماثبت فى الشرع من كون البيّنه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه.

وعلى ذلك فإن كان فى البين إمام رفع الرعيه المزبوره المحاكمه إليه، وإن لم يكن الإمام فى متناول يده، وكان المدّعى فى غير ولايه خصمه رفع دعواه إلى قاضى ذلك البلد ويجب على القاضى المخاصم الحضور إلى ذلك القاضى ولو بوكيله، أمّا إذاكان المدّعى فى بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفه خصمه، ولو طالب المدعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضى بلد آخر لم يجب عليه الاجابه؛ لأنّ قضاء خليفته نافذ فى حقّهما لخروج الخليفه عن طرف المخاصمه، كما أنّه ليس وكيلاً عن القاضى ليجريعليه حكم موكّله، كمايشهد بذلك حضور على عليه السلام مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إنّ تعيين القاضى للمدّعى، حيث إنّه صاحب الدعوى، فله اثبات حقّه بأى طريق وعليه لو كان للقاضى المدّعى عليه خليفه فله طرح دعواه عند قاضى بلد آخر، ويجب على القاضى المدّعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضررياً أو حرجياً، ويكون قضائه نافذاً فى حقّهما، وإن فرض نصب ذلك القاضى لأهل ذلك البلد

الخامسه: یستحب للخصمین أن یجلسا بین یدی الحاکم [۱] ولو قاما بین یدیه کان جائزاً.

المقصد الثالث: فی جواب المدعی علیه. وهو إمّا اقرار أو انکار أو سکوت [۲].

الشَرح:

لأنّ المراد بالأهل من حلّ فیه. وإن کان وطنه غیره، کما فی المسافر، ویجریـذلک فی اختلاف أحد رعیه مثله، ولا فرق فیما ذکر بین کون الـدعوی علی القاضـی المـال وغیره من الحق أو القضـاء علیه بـالجور بمایوجب ضـمانه ولو من بیت المال، وقـد تقـدم الکلام فی ذلک آنفاً.

[۱] قیل: إنّ الجلوس کـذلک یوافق الأدب فیسـتحب، کما أنّه لو قاما بین یـدیه جاز، لأنّه لیس فی القیام بین یـدیه ماینافی کرامه القاضـی، وربّمایؤیّد الجلوس بین یدیه بالمروی عن علی علیه السـلام فی قضـیه مخاصمته مع الیهودی وجلوسه بجنب شریح: «لو کان خصمی مسلماً لجلست معه بین یدیک»(۱)، والنقل ضعیف کماتقدم؛ ولذایصلح للتأیید.

[۲] ادخال السـکوت فی جواب المـدّعی علیه لا یخلو عن المسامحه، ولذا ذکر أنّ المراد بالجواب مایصدر عن المدّعی علیه بعد الدعوی علیه فإنّ الجواب بهذا المعنی یطلق علی السـکوت أو أنّ السـکوت مع الاصـرار علیه یجعل المدعی علیه ناکلًا فیردّ معه الیمین علی المدّعی، فالسکوت مع الاصرار علیه کالإنکار و کأنّه بمنزله الجواب بالانکار وترک الیمین.

أقول: اطلاـق الجواب علی السـکوت لاـ یخرج عن المسـامحه وکونه مع الاصـرار علیه کالانکـار والنکول عن الیمین یـدخله فی الانکار حکماً فیکون اطلاق الجواب علیه بالعنایه، وأیضاً لا ینحصر الجواب بما ذکر، بل یمکن أن یجیب بلا أدری وسیأتی

۱- (۱) المغنیلابن قدامه ۱۱/۴۴۴.

أمّا الاقرار: فيلزم [١] إذاكان جائز التصرّف.

الشَرح:

الكلام فيه فيما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، أللّهمّ إلاّ أن يقال المهم فى المقام الجواب المترتّب عليه الأثر والجواب بلا أدرى لا أثر له كما يأتى.

[١] ذكر قدس سره أنّه إذا أجاب الخصم بالاقراربالمدّعى به يثبت الدعوى به، فيما إذا كان المقرّ واجداً لشرائط نفوذ الاقرار.

ويبقى الكلام فيأنّه يجوز الحكم فيالواقعه بمجرّد سماع الحكم اقرار المدّعى عليه أو يتوقف على التماس المدّعى، قيل والقائل الشيخ قدس سره فى المبسوط عدم جواز الحكم إلّا بعد مطالبه المدّعى لأنّ الحكم حق للمدّعى فيتوقف على مطالبته.

أقول: ينبغى التكلّم فى المقام فى جهات: نفوذ اقرار المدعى عليه والحاجه بعدالاقرار إلى حكم الحاكم ومايترتب على الحكم بعده.

أمّا الجهه الأُولى: فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ اقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعتبره فيه المذكوره فى باب الاقرار، كمايشهد بذلك استقرار السيره العقلائيه على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبىّ صلى الله عليه و آله قوله: «اقرارالعقلاء على أنفسهم جائز»(١)، وقد ورد فى الروايات المتفرقه فيأبواب مختلفه مايشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتى وردت فيمن أقرّ بارتكابه موجب الحد، وكالّتى وردت فى اعتراف بعض الورثه بالوصيه للغير، وماورد فى عدم سماع الاقرار مع الاكراه على المقرّ، وماورد فى عدم سماع شهاده الفاسق إلاّ على نفسه إلى غير ذلك.

وأمّا الجهه الثانيه: فقد يقال فى المقام: بأنّ ثبوت الحق بالاقرار لا يتوقف على حكم الحاكم، وأنّه إذا كانت العين بيد المقرّ فيجوز له أخذها من يده بمجرّد اعترافه،

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب الاقرار، الحديث ٢: ١٣٣.

جواب المدعى عليه على ثلاثه أقسام

....

الشَرح:

كمـا أنّه لو كـان من قبيـل الـدين فيجوز له المطـالبه به بخلاف البيّنه فإنّ اعتبارها بالاضافه إلى الحاكم خاصه لأنّ المـدّعى عالم بحقّه كما هو فرض دعواه وخصمه منكر لحقه ولمايشهد به البيّنه ولو بادعائه خطأ الشاهدين.

وبتعبير آخر البيّنه بنفسـها لاـ ترفع الخصومه بين الخصـمين بخلاـف اعتراف الخصم، فإنّ مع الاعتراف لا خصومه ليحتاج فصـلها إلى الحكم.

أقول: ربّمايكون جواب الخصم اعترافاً بالحق بنظر القاضى ولايلتفت إليه المدّعى، وربّمايكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضـى، وربّمايـدعى المعترف أنّ اعترافه كـان بنحو الاشـتباه فيمتنع عن ايصال حق المـدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما أنّه إذا حكم الحاكم فى الواقع يكون حكمه نافـذاً حتى بالاضافه إلى السائرين ممّن لم يعلموا باقرار الخصـم للمدعى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى صـحه حكم الحاكم ونفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالـدين عليه وأداه إلى المـدّعى بعد اعترافه وقبـل حكـم الحـاكم، لأـنّ حكم الحـاكم بالـدين وأنّه ادّاه قـاطع لنشوب المنازعه والمخاصـمه بينهما بعـد ذلك ولو بـدعوى أنّ الاعتراف والدفع وقع منه خطأ.

أمّا الكلام فى الجهه الثالثه: فقـد تقـدم انّ المترتّب على قضاء القاضـى انهاء المخاصـمه، ثمّ إنّ للقاضـى أن يتصـدى بعد القضاء لتنفيـذه إذا وجد المدّعى عليه ممتنعاً عن العمل بمقتضاه، لأنّ هذا داخل فى الأُمور الحسبيه التى من شؤون الفقيه إذاتمكن عليه، كمـا هو الحـال فى القاضـى المنصوب بـالنصب الخـاص، بل يظهر من بعض الروايات انّ التنفيـذ يـدخل فى شؤون القاضـى بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع فى اداء دينه ونحو ذلك على نحو مايأتى.

وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى[۱]؟ قيل: لا لأنّه حق له فلايستوفيإلاّ بمسألته.

وصوره الحكم أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو إدفع إليه ماله[۲].

الشَرح:

نعم لو كـان فى البين من هو منصوب ممّن له ولاـيه شـرعيه لاستيفـاء الحقوق وتنفيـذ قضـاء القاضـى لم يكن للقاضـى التصـدى للتنفيذ، بل عليه ايصال قضائه فى الواقعه إليه ولو بالكتابه كماتقدم.

[۱] لم يثبت أنّ الحكم فى الواقعه بعـد رفعها إلى القاضـى للحكم حق للمدّعى، بأن لا يجوز ولا ينفذ قبل مسألته، بل مقتضـى ما ورد فى ميزان القضـاء جواز الحكم بعـد تمـامه، فيعمّه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان بالاقرار النافـذ أو بغيره من تمام البيّنه التى اقامها المدّعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقم بيّنه على دعواه.

وبالجمله: جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعـد رفع الواقعه إليه للحكم فيها، سواء أكان المنتفع بالحكم المزبور هو المـدّعى أو المـدعى عليه، وكمـا أنّ الحكم مع انتفـاع المـدعى عليه أو عـدم انتفـاعه من حق المـدعى عليه كـذلك الحـال بالاضافه إلى المدعى.

[۲] قـد ذكرنـا سابقـاً الفرق بين الفتوى والقضـاء، وانّ الافتـاء هو تعيين المجتهـد الكبرى الشـرعيه المجعوله المسـتفاده بنظره من مـدارك الأحكـام ، فيعتبر هـذا التعيين بالاضـافه إلى العـامى على مـاهوالمقرر فى بـاب الاجتهـاد والتقليـد، ويكون تطبيقهـا على مواردها بيده.

وانّ القضاء سواء أكانت المخاصـمه فى الواقعه الخارجيه ناشئه عن الاختلاف فى تعيين الكبرى الشرعيه كما إذا اختلفت الزوجه مع سائر الورثه فى ارثها من العقار

ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتّى يعلم اسمه ونسبه أو يُشهد شاهدا عدل[١]، ولو شهد عليه بالحُليه جاز ولم يفتقر إلى معرفه النسب واكتفى بذكر حليته.

الشَرح:

بأن قالت: إنّها ترث منها، وأنكر ذلك سائرالورثه، أم كانت ناشئه عن الاختلاف فى تحقق الموضوع أو المتعلق كما فى دعوى امرأه أنّها زوجه أبيهم المتوفى ونفيهم كونها زوجته هو تعيين الحكم الجزئى فى الواقعه، سواء أكان بتطبيق الكبرى الكليه المجعوله فى الشرع بتلك الواقعه أم بتعيين الموضوع والمتعلق لتمام المثبت أو النافى لهما بقصد انهاء الخلاف وقطع الخصومه.

والظاهر عدم الفرق بين أن يكون انشاء الحكم الجزئى بالتلفظ أو بالكتابه وكان انشاؤه بالدلاله المطابقيه أو التزاميه، وكذا الحكم بتحقق الموضوع أو المتعلق بقصد انهائها.

[١] يظهر ممّا تقدم الحال فى كتابه القاضى حكمه بعد انشائه أو كتابه اقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أنّ الكتابه بعد الحكم لا تدخل فى القضاء، ولكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لايتمكن خصمه من تجديد المخاصمه بدعوى عدم القضاء وأراد القاضى كتابته مباشره أو تسبيباً فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر ونسبه وكذا فى كتابه الحكم فيكتب: انّ فلان بن فلان قداعترف عندى بكذا، ويشهد على اسمه ونسبه شاهدا عدل ولو عيّن القاضى المقر مع عدم معرفته باسمه ونسبه وعدم قيام شاهديعدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لا يمكن الاشتباه عاده كفى، كأن يكتب انّه اعترف عندى من يكون عينه اليسرى مقلوعه ولونه أسود ورجله اليمنى مقطوعه بكذا وكذا لفلان بن فلان. كلّ ذلك للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمه.

حكم دعوى الغريم الاعسار

ولو ادعى الإعسار[١] كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره وفی تسليمه إلی غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانظار حتی يوسر، وهل يحبس حتی يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذُكر فی باب المفلّس.

الشَرح:

وقد تقدم أيضاً أنّ الكتابه ولو فی مورد توقف انهاء المخاصمه خارجاً وتنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الاُجره عليها؛ لأنّ مجرّد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأُجره، نعم إذا كان القاضی منصوباً واشترط عليه كتابه القضاء أو أمر بها ولی الامر لزم رعايه الشرط والأمر.

[١] ثمّ إنّ الموسر إذا امتنع عن اداء ما عليه بعد الحكم أُجبر عليه، ومع مماطلته أو اصراره علی الامتناع فالمذكور فی كلام جمله من الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه فی القول، ولو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادّعی بعضهم عدم الخلاف فی ذلك.

ولعل الظاهر منهم انّ للحاكم التخيير بين حبسه وتصدّيه للاداء من ماله، ولكن فی موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يفلّس الرجل إذا التوی علی غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبی فيقسّم بينهم»(١)، وفی بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوی» ولعله الصحيح، فالمتيقن من صوره تصدّيه الاداء عدم امكان اجباره ولو بالحبس والتغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر والزامه باداء ما عليه من مال الغير.

ولو ادّعی الإعسار فقد ذكرالماتن قدس سره أنّه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، ولا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلی غريمه ليستعمله بازاء الدين أو يوجره ولو مع مطالبته بهذا التسليم، وأن يظهر ذلك ولو مع عدم المطالبه من روايه إلاّ أنّ الأشهر هو الأنظار.

١- (١) الوسائل: ١٣، الباب ۶ من أبواب الحجر، الحديث ١: ١۴٧.

....

الشَرح:

ولعلّ الأخذ بروايه الانظار لموافقتها الكتاب المجيد قال اللّه سبحانه: «وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»(۱)، وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجه وافلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً»(۲)، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «انّ امرأه استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: «إنّ مع العسر يسرا».(۲)

ولكن مع ذلك عن الشيخ فى النهايه أنّه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو يستعملوه، لمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه «أنّ علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ماشئتم، إن شئتم اجروه، وإن شئتم استعملوه»(۴)، وقد ظهر ممّا تقدم ضعفه.

أضف إلى ذلك انّ الأصل عدم ولايه الحاكم عليه بالتسليم وعدم ولايه الغريم بالايجار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف والصناعه وطلب الغريم استيجاره للعمل وجب على المديون القبول إذا كان فى العمل له اداء دينه كلًا أو بعضاً ، بخلاف العمل لغيره، ولا يبعد جواز اجباره على الاجاره المزبوره؛ لأنّ المراد باخلاء السبيل اطلاقه عن الحبس ليستفيد مالاً، فلا ينافى الإجبار عليها مع اطلاقه عن الحبس.

ثمّ هل للحاكم حبس المديون المدعى الاعسار حتى يتبيّن حاله؟ عن جماعه منهم المصنّف فى كتاب المفلّس التفصيل، وهو أنّه إذا احرز المال لمدعى الاعسار

۱- (۱) البقره: ۲۸۰.

۲- (۳) الوسائل: ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۳: ۱۴۸.

....

الشَرح:

سابقـاً ولو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصـمه مع غريمه وقـد أثبت الاقتراض على خصـمه ففى مثل ذلك لا تقبل دعوى اعسـاره بل يحبس حتى يظهر حاله ولو بقيام البينه باعساره بتلف أمواله أو تلف ذلك المال ويخلى سبيله، وأمّا إذا لم يعلم المال له سابقـاً كما إذا ادّعى عليه انّه قتل دابته فأقر به وادعى اعساره، وفى الفرض لا يحبس ولعله لاستصـحاب عـدم المال، غايه الأمر لو ادعى غريمه عليه أنّه موسر ونكل عن الحلف على عدم يساره يحبسه الحاكم مع ردّ اليمين على مدّعى يساره أو بمجرّد نكوله على الخلاف فى جوازالحكم بمجرّد النكول أو أنّه يكون بعد ردّ اليمين.

ولكن عن بعض أنّ مقتضى موثقه غياث بن إبراهيم المتقدمه عدم الفرق فى جواز الحبس إلى تبيّن العسر بين الفرضين، ودعوى عـدم الاطلاـق لهـا فـإنّ مـدلولها نقـل الفعـل ولعـلّ الفعـل كـان فى فرض احرازالمـال للمـديون سابقاً أو فى فرض دعوى المال بالاقتراض ونحوه يدفعها أنّ الحكايه لبيان وظيفه القاضى ولو كان ذلك فى بعض الفروض تعرّض عليه السلام لذكره.

أضف إلى ذلك أنّ ما قيل من أنّ استصـحاب عـدم المال له لايثبت عسـره، فإنّ الاستصـحاب المزبور ينفع فى مثل اعطاء الزكاه حيث إنّ الفقر المعتبر فى مستحق الزكاه عدم ملكه قوت السـنه وعدم الحرفه له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، ويمكن اثبات عـدم الملك وعـدم الحرفه كذلك بالاستصـحاب، بخلاف العسـر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللازم لعدم المال، ولايمكن ذلك بالاستصحاب.

وهل حبس المـديون يختصّ بما إذا كان رجلاً أو يعم المرأه أيضاً؟ يمكن دعوى الاطلاق فيما تقـدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالده لدين ولدها، لمنافاه طلب حبسهما لمصاحبتهما بالمعروف، وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء قال:

حكم انكار المدعى عليه

وأمّا الانكار:

فإذا قال: لا حق له عليّ، فإن كان المـدّعى يعلم أنّه موضع المطالبه بالبينه[۱] فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدّعيألك بينه، وإن شاء سكت وأمّا إذا كان المدّعيلايعلم أنّه موضع المطالبه بالبينه وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينه عرّفه الحاكم أنّ له اليمين.

الشَرح:

«قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : مايحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إلى أن قال : أو كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يحبس الأب للابن».

وكذلك يشكل جوازحبس المديون المريض مع كون الحبس مضرّاً بحاله بناءً على تأخير اقامه الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتى فى باب الحدود، وكذا فيما إذا كان فى البين مانع آخر ككونه أجيراً للغير ويكون الحبس منافياً للعمل لذلك الغير.

[۱] إذا أجاب المدعى عليه بالانكار فعلى المدعى اثبات دعواه بالبينه، ويطلبها الحاكم مقدمه لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعى أنّ إقامه البيّنه بدعواه وظيفته لا ـ يجب على القاضى سؤال البيّنه عنه، بل يجوزله أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف قدس سره ، ولكن لايبعد لزوم المطالبه مطلقاً، لأنّ القضاء فصل الخصومه وإنهائها ومع عدم المطالبه يبقى فى البين اعتذار المدعى لتجديدها، بأنّه كان لى بينه فلم أحضرها أيضاً انتظاراً لمطالبه الحاكم.

نعم لو كان المدعى عالماً بأنّ احضارها أيضاً لا يتوقف على مطالبه الحاكم لا يجب على القاضى سؤالها وإن يحتمل ذلك فى موارده أيضاًسداً لباب تجديد المنازعه بدعوى المدعى الجهل بأن وظيفته اقامه البينه أو احضارها بلامطالبه القاضى ولكنه ضعيف كمايظهرذلك بالتأمّل، نعم لو احتمل القاضى جهله ذكر له أنّ عليه احضارالبينه.

....

الشَرح:

وأمّـا إذا لم تكن للمـدّعى بينه، أى لم يقم البينه بـدعواه بعـد المطـالبه، والمراد من البينه المثبت لحقه، سواء كان شاهديعـدل أم غيرهما، كشـهاده العدل ويمينه، كما إذا كانت الدعوى مالاً، يذكر الحاكم للمدعيأنّ له استحلاف المدعى عليه إذا لم يعرف أنّ له ذلك، فإنّه يعتبر فى القضاء بحلف المنكر استحلاف المـدعى، فإذا تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبه المدعى فلايجوزالحكم، كماعليه المشهورقديماً وحديثاً، بل قولاً واحداً.

ويشـهد لـذلك مـوثقه عبـداللّه بـن أبى يعفـورعن أبى عبـداللّه عليـه السـلام قـال: «إذا رضـى صـاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاسـتحلفه فحلف أن لاـ حق له قِبله ذهبت اليمين بحق المـدعى فلاـ دعوى له. قلت له: وإن كـانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامه ماكان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قِبله مما قد استحلفه عليه».(۱)

وفى خبر خضـر بن عمرو النخعى عن أبى عبداللّه عليه السـلام فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده؟ قال: «ان اسـتحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقّه».(۲)

لا يقال: ظاهر الموثقه وإن كان ما ذكر من كون الاسـتحلاف حق للمـدعى فلاينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعى عليه بالحلف أو بمجرد احلاف الحاكم، وكذا خبرالنخعى، إلاّ أنّ ظاهرهما أنّ ما يترتب عليه سـقوط الحق هو يمين المدعى عليه بعد اسـتحلاف المدعى، من غير حاجه إلى حكم الحاكم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۱۷۸.

۲- (۲) المصدرنفسه: الباب ۱۰من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۹.

....

الشَرح:

وبتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجه إلى حكم الحاكم فيإنهاء الخصومه وسقوط حق الدعوى.

فإنّه يقال: ظاهر الموثقه ونحوها بيان وظيفه الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعى، وأنّه يحكم بانقضاء الخصومه وانهائها، خصوصاً بملاحظه قوله صلى الله عليه و آله : «إنّماأقضى بينكم بالبينات والأيمان»(۱)، وليست ناظره إلى عدم الحاجه إلى الحكم بمجرّد حصول الحلف، كما أنّ مادلّ على ثبوت الحق بالبيّنه لا ينفى التوقف على الحكم فى موارد المخاصمه.

والمتحصل: أنّ طلب اليمين حق للمدعى على المنكر، فمع عدم اقامته البينه بدعواه فله مطالبه المنكر باليمين، وله حق تأخير الواقعه وايقافها كما هو ظاهر الموثقه.

ولايبعد أن يقال: إنّ هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها وظاهرغيرها. وأمّا إذا كانت دعواه سقوط ماكان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى اداء ماكان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينه، وأنكر الدائن ادائه فإن لم يقم البينه بالاداءولم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعه وايقاف الحكم فللحاكم احلاف الدائن على عدم الاداء وحكمه ببقاء الدين.

وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى كتاب على عليه السلام : «إنّ نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه كيف اقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: أحكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، وقال: هذا لمن لم تقم له بينه»(۲) فإنّ ظاهرها كظاهر غيرها انّ التحليف وظيفه الحاكم مع عدم اقامه المدعى البينه،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۱۶۷.

سقوط الدعوى بحلف المنكر

ولايحلف المـدّعى عليه إلّابعـد سؤال المـدّعيلأنّه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه، ولو تبرّع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين وأعادها الحاكم إن التمس المدّعى.

ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سـقطت الدعوى ولو ظفر المدّعى بعد ذلك بمال الغريم لم يحلّ له مقاصته [۱] ولو عـاود المطـالبه أثم ولم تسـمع دعواه، ولو أقـام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسـمع، وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

الشَرح:

فيرفع اليد عن الاطلاق بمطالبه المدعى فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير ويؤخذ فى غيره بالاطلاق.

[۱] أمّاسـقوط الدعوى وعدم سـماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه وأنّه مقتضـى نفوذ القضاء وعدم سـماع البينه بعده، وأمّا عدم جوازالمقاصّه من مال الغريم فتدل عليه موثقه ابن أبى يعفورالمتقدمه حيث ذكر عليه السـلام فيها: «وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قِبله ممّا استحلفه عليه»، ولكن بما أنّ القضاء بحلف المنكر أو بغيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضـى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضـكم ألحن بحجّته من بعض آخر، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّماقطعت له به قطعه من النار».(۱)

يقـال: إنّ المراد بـذهاب الحق ذهابه فى دارالـدنيا، بمعنى أنّه لا يجوزله فى دارها ترتيب آثار الحق له من جوازالمطالبه والتقاص به، وفى خـبر النخعى المتقـدم: «وان اسـتحلفه فليس له أن يأخـذ شـيئاً وان تركه ولم يسـتحلفه فهو على حقه»، ونحوه مـا فى خبر عبداللّه بن وضاح قال: «كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفيه الحكم ، الحديث ۱: ۱۶۹.

....

الشَرح:

درهم إلى أن قال: فكتب أبوالحسن عليه السلام لا ـ تأخذ منه شيئاً إن كان ظلمك فلا تظلمه ولولا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه الحديث»(١)، ولكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

وفى صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال آخذه لمكان مالى الذيأخذه وأجحده وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبته عليه».(٢)

ولكن فى معتبره أبى بكر الحضرمى قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف عليها، أيجوز ليإن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم ولكن لهذا الكلام الحديث».(٣)

ولكن لا يخفى أنّ المعتبره بناءً على نقل الشيخ مضمره، وعلى روايه الكلينى والصدوق قدّس سرّهما مسنده، وعن أبى عبداللّه عليه السلام ولكن ليس على نقلهما فرض حلف وعلى تقديره أيضاً تكون موثقه ابن أبى يعفور موجبةً للجمع بين صحيحه سليمان بن خالد والمعتبره، حيث يحمل الصحيحه على صوره الحلف بالاستحلاف ومعتبره أبى بكر على الحلف تبرعاً.

و دعوى بما أنّ الحلف لا يوجب ذهاب حق المحق واقعاً فالموثقه ناظره إلى ذهابه من حيث الدعوى والمطالبه فلادلاله لها على عدم جوازالمقاصه، وصحيحه سليمان بن خالد ظهورهايناسب الكراهه فلا تنافى معتبره أبى بكر لا يمكن المساعده

١- (١) المصدر نفسه:الباب ١٠ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٢: ١٨٠.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٨٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٧: ٢٠۴.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ۴:٢٠٣.

وقيل: إن نسى بينه سُـمعت وإن أحلف والأوّل هو المروى، وكـذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين وهنا أولى، وأمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته[۱] وحلّ مقاصّته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

الشَرح:

عليه، فـإنّ حمـل الموثقه على مـا ذكر خلاف ظاهرها فإنّ ظاهرها تفريع نفى حق الـدعوى على ذهاب مايـدعيه من الحق، ويلزم على ذلک عدم جوازالمقاصه فلاحظ.

ثمّ إنّ الظاهرعـدم جواز المقـاصه من مـال الغريم بعـد اسـتحلافه بلا فرق بين كون ما ادّعاه المـدعى من الحق له ديناً أو عيناً. بل الظـاهر عـدم جواز الامسـاک فيما لوظفر المـدعى بعـد ذلک بنفس العين التى ادّعاها على ذى اليـد الحالف، فإنّه وإن لم تخرج العين عن ملكه واقعاً فيما لوكان صادقاً فى دعوا وانّ القضاء لا يبطل الملكيه الواقعيه، كمايشـهد بـذلک صـحيحه هشام المتقدمه وغيرهـا: «فأيمـا رجـل قطعت له من مـال أخيه شـيئاً فإنّمـاقطعت له به قطعه من النار»، إلاّ أنّه لا يجوز له تكليفاً بل وضـعاً ماينافى القضاء ويعدّ معارضه للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمـدّعى المزبور مـا لاـ ينافى نقضه و لا يعـد معارضه له، كما إذا اسـتعار العين المزبوره من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملک المدعى، فإنّ الاستيذان من المدّعى والاذن للمستأذن لا يعد نقضاً ولامعارضه للمنكرواللّه سبحانه هوالعالم.

[۱] بلاخلاف ظـاهر، فإنّ جوازمطالبه المنكر بالمال عليه مع تكـذيبه نفسه ولو بعـد الحلف والقضاء مقتضـى نفوذ اقراره، ويبطل اليمين الذى حكم بها بذهاب حق المدعى.

لاـ يقـال: مـا دلّ على نفوذ الاـقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المـدعى عليه يـذهب بحق المـدعى متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما فى الاقرار غير المسبوق بالحلف وفى الحلف غير الملحوق بالاقرار ويجتمعان فى الاقرار المسبوق بالحلف على

ردّ اليمين على المدعى

وإن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف [١] ولو نكل سقطت دعواه.

الشَرح:

النفى ويتعين الأخـذ بما دل على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظى معتبر أو اطلاق كذلك فى ناحيه نفوذ الاقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفه فيكون اصـطياديأ فلايكون محرزاً مع الاطلاق أو العموم اللفظى على خلافه، ودعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يـذهب بهـا الحـق عن صوره تكـذيب الحـالف نفسه بعـد ذلـك لم يعلم لهـا وجه غير ماقيـل من أنّ المرتكز فيأذهان المتشرعه وغيرهم الزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فـإنّه يقـال: مضافـاً إلى مـا ذكر فى وجه الانصـراف أنّه يتعين الأخـذ بمقتضـى تكـذيب نفسه واعترافه بحق المـدعى، سواء أكان تكذيبه واعترافه عند الحاكم أم عند المدعى، كمايشـهد بذلك معتبره مسـمع بن أبى سـيار قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنى كنت اسـتودعت رجلًا مالاً فجحـدنيه وحلف لى عليه، ثمّ إنّه جائنى بعـد ذلك بسـنتين بالمال الـذى أودعته إيّاه، فقال: هـذا مالك فخـذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك واجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن أخذ منه الربح وأوقفتُ المال الذى كنتُ اسـتودعته وأتيتُ حتى اسـتطلع رأيك، فماترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّله فإنّ هذا الرجـل تائب واللّه يحب التوابين»(١)، فإنّهـا كالصـريح فى جواز الأخـذ بـالحق مع اعترف الحـالف المنكر، ولو كـان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

[١] لا خلاف فيأنّه يجوز للمـدّعى عليه ردّ اليمين على المـدعى فى الجمله، وأنّه إذا ردّها عليه فإن حلف المدعى على حقه ثبت وان نكل سقط حقّه ودعواه.

ويشهد ذلك غيرواحد من الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام

١- (١) الوسائل: ١٦، الباب ۴٨ من أبواب الإيمان، الحديث ٣: ٢١۵.

....

الشَرح:

فی الرجـل یـدّعی ولاـ بینه له؟ قال: «یسـتحلفه، فإن ردّ الیمین علی صاحب الحق فلم یحلف فلاحق له»(١)، وصحیحه جمیل عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قـال: «إذا أقـام المـدعی البینه فلیس علیه یمین، وإن لم یقم البینه فردّ علیه الیمین فأبی فلاحق له»(٢)، وفی روایه عبـدالرحمان بن أبی عبـداللّه قال: «قلت للشـیخ: خبّرنی عن الرجل یدعی قبل الرجل الحق فلم تکن له بینه بمـاله، قـال: فیمین المـدعی علیه فإن حلف فلا حق له وان ردّ الیمین علی المـدعی فلم یحلف فلاحق له»(٣)، ولایبعد اعتبار هذه سـنداً کما یأتی ونحوها غیرها، ومدلولها کما ذکرنا أنّ نکول المدعی عن الیمین المردوده کافٍ فی حکم الحاکم بسـقوط حقّه، سواء أکـان نکوله للإبـاء عن الحلف وان کـان صادقـاً أم کانت دعواه بنحوالتهمه وعـدم العلم کما فی دعوی التفریط علی من کان ماله بید الآخر عاریه أو ودیعه علی ماتقدم.

وقـد یقال: انّ حلف المنکر حق للمـدعیلا ا ءنّه حکم شـرعی فیجوز للمـدعی اسـقاطه بمعنی ابراء المـدعی علیه من الحلف نظیر ابراء الـدائن لمـدینه، وهـذا الابراء والاسـقاط بمنزله الاستیفاء فیجوز معه الحکم ببراءه عهـده المـدعی علیه عمّا کان یـدعی علیه سواء أکان دیناً أم عیناً.

ولکن لا یخفی ما فیه، فإنّ مقتضـی مثل قوله صـلی الله علیه و آله : «إنّما أقضی بینکم بالبینات والأیمان» لزوم الیمین فی القضاء، وکـذا الاطلاق فی مثل قوله علیه السـلام : «إذا رضـی صاحب الحق بیمین المنکر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قِبله ذهبت الیمین بحق المدعی»(۴)، حیث لو کان الابراء عن الحلف کالحلف لزم تقیید فاستحلفه بذکر العدل

١- (١)الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ١و۶:١٧۶.

٢- (٢) المصدر نفسه :الباب ۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ١:١٧٣.

٣- (٣) المصدر نفسه :الباب ٩ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ١:١٧٩.

....

الشَرح:

كقوله أو ابرأه.

وبتعبير آخر: المستفاد من الروايات كون رضا المدعى بحلف المنكر شرط فى صحّه الحلف يعنى جوازالحكم معه، نظير رضا الأب فى نكاح الباكره، لا أنّ الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعى، ولذا لايترتب على عدم استحلافه إلّا إيقاف الواقعه لو لم يسقط حق دعواه.

وتوهم أنّ عدم استحلاف المدعى بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلك استناداً إلى معتبره عبيدبن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»(۱)، بدعوى أنّ ضمير الفاعل يرجع إلى المدعى، فاسد فإنّ ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعى عليه، ولا أقلّ من احتماله ومقتضى مادل على أنّ القضاء بالبينه والأيمان عدم سقوط الدعوى وعدم حصول القضاء بترك الاستحلاف، ولا ينافى ذلك القضاء بنكول المدعى عن اليمين المردوده لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ الظاهر اختصاص جواز ردّ اليمين على المدّعى بما إذا كانت الدعوى ماليّه، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالى احترازاً عن اليمين، ولو كان صادقاً أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأه أنّها زوجته فانكرتها فعلى المرأه الحلف على نفى الزوجيه، ولا يجوزله ردّ اليمين على المدعى لأنّ ما ورد فى تخيير المدعى عليه بين الحلف وردّه على المدعى وارده فى دعوى الحق الظاهر فى المال، غايه الأمر سواء أكان ديناً أم عيناً. ولايبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردوده من مدرك القضاه فى غير دعوى المال أخذاً بقولهم عليهم السلام:

۱- (۱) الوسائل:ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۶.

وإن نكـل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف ولم يردّ، قـال الحاكـم [۱]: إن حلفت و إلاّ ـ جعلتك ناكلًا ويكرّر ذلك ثلاثاً، اسـتظهاراً لا فرضـاً، فإن أصـرّ قيل: يقضـى عليه بالنكول وقيل بل يرد اليمين على المـدّعى فإن حلف ثبت حقّه وإن امتنع سـقط، والأوّل أظهر وهو المروى.

الشَرح:

«البينه على من ادّعى واليمين على من ادعى عليه»(۱) فإنّ مقتضاه كما أنّ البيّنه من المـدعى عليه لاتكون مدركاً للقضاء كذلك اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردوده بردّ المدعى عليه وقد رفع اليد عن ذلك فى دعوى الأموال.

و دعوى الاطلاـق فى بعض الروايـات كقوله عليه السـلام فى صـحيحه هشـام عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «ترد اليمين على المدعى»(۲)، لا يمكن المساعـده عليها فإنّ مقتضاها جواز ردّ اليمين على المـدّعى تكليفاً أيضاً مع أنّه ذكرنا عدم امكان الإلتزام بجواز الردّ تكليفاً فى مثل دعوى الزوجيه حتى يؤخذ بلازمه، وهو نفوذ القضاء باليمين المردوده، واللّه سبحانه هوالعالم.

[۱] إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر ولم يردّ اليمين على المدعى، فظاهر المصـنّف قدس سره أنّه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر مـا مضـمونه ان حلفت أو ردّدت اليمين فهو، وإلاّ ـ يجريعليـك حكم الناكـل، وانّ القول المزبور مرّه لازم وتكراره ثلاث مرات مستحب استظهاراً لنكوله، وعن بعض التصريح باستحباب القول المزبور ولا يجب حتى مرّه.

أقول: اللاـزم أن يعلم المنكر أنّ عليه اليمين أو ردّهـا إلى المـدّعى، أمّـا إذا لم يفعـل فمـاذا يفعـل القاضـى فلاـيعتبر علم المنكر بذلك، بل استحباب القول المزبور أيضاً

۱- (۱) الوسائل:ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۰.

۲- (۲) المصدر نفسه :الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۳:۱۷۶.

....

الشَرح:

لايخلو عن الاشكال.

ودعوى أنّ استحبابه للتسامح فيأدله السنن لفتوى جماعه، يدفعها أنّ أدله التسامح لا تثبت استحباب الفعل، وعلى تقديره فلاتعمّ إلّا موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم عليه السلام .

ويمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتى ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار القول المزبور والنكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف والرد كما يأتى.

وكيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعه من قدماء أصحابنا ومتأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، وعن جماعه أُخرى أنّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدّعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت وإلّا فلا حقّ له، بل نسب ذلك أيضاً إلى الأكثر وعن الخلاف والغنيه الاجماع عليه.

ويستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدّعى مع نكول المنكر، والثانيأنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البينه على المدّعى واليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبه المدعى باليمين ويرفع اليد عن ذلك فيما إذا ردّ المدّعى عليه اليمين عليه.

ولا يخفى أنّ شيئاً من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدّعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم ونفوذه معه متيقّن وبدونه غير محرز، ومقتضى الأصل عدم نفوذه واعتباره، نظير مايشك فى اعتبارشىء فى معامله لم يكن لدليل اعتبارها اطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها ولا يقاس المقام

ص :۱۵۴

....

الشَرح:

كالمعاملات بالشرط فی اعتبارشیء فی متعلّق التكليف؛ حيث إنّ مقتضی الاصل العملی فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر فی بحث الأُصول العمليه من علم الأُصول.

وكذا مقتضی ما دلّ علی أنّ البيّنه علی المدعی واليمين علی المدعی عليه هو عدم اعتبار يمين المدعی، إلّا أنّ ما دل علی عدم القضاء إلّا بالبيّنه واليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعی عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعی عليه اليمين علی المدعيأو ردّها الحاكم عليه. وبدونه يؤخذ بمقتضاها معاً وهو عدم نفوذ الحكم بلا بينه ولا يمين ولوكانت مردوده من المدعی عليه أو الحاكم.

والوجه الثالث صحيحه محمدبن مسلم الوارده فی كيفيه احلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ عليّاً عليه السلام كتب الحلف ثمّ غسله وأمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين»(۱)، حيث إنّ مقتضاه جوازحكم الحاكم بمجرّد امتناع المنكر عن الحلف.

لايقال: مقتضی ما ورد فی كيفيه احلاف الأخرس جواز الحكم بمجرّد امتناع المدعی عليه عن الحلف ولو لم يمتنع عن ردّ اليمين علی المدعی.

فإنّه يقال: علی تقدير هذا الاطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ علی أنّ للمنكر ردّ اليمين علی المدعی عليه، فإن حلف فهو وإن أبی سقطت دعواه وبطل حقه.

أقول: الصحيح فی الجواب عن الاستدلال بالصحيحه منع اطلاقها، وانّه بمجرد نكول المدعی عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنّها وردت فی مقام بيان كيفيه احلاف المدعی عليه الأخرس لافی مقام جميع مايلزم فی الحكم علی الأخرس المدعی عليه، والواقعه قضيه خارجيه، فلعلّ الإمام عليه السلام بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين علی المدعی فحلف، أو ردّها عليه الإمام عليه السلام فحلف، ثمّ ألزمه بالدين.

ص :۱۵۵

۱- (۱) الوسائل :ج ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۲۲۲.

....

الشَرح:

وقد يقال: غايه دلاله الصحيحه على جواز الحكم بمجرّد نكول المنكر أنّها بالاطلاق يعنى عدم ورود ردّ الإمام عليه السلام اليمين على المدعى ولكن مقتضى صحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: تردّ اليمين على المدّعى»(١)، هو لزوم ردّها على المدعى فى الحكم كان ذلك بردّ المدعى عليه أو الحاكم، وقد تقدم أنّ الرد ابتداءً للمدعى عليه.

وبالجمله: مقتضى صحيحه محمد بن مسلم الوارده فى احلاف الأخرس جواز الحكم مع نكول المدعى عليه، ولكن مقتضاها ذلك باطلاق، ومقتضى اطلاق صحيحه هشام لزوم ردّ اليمين فى الحكم ولو من الحاكم، بعد تساقط الاطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدله الأوليه التى ذكرناه فى الجواب عن الوجه الثانى، وقلنا بعدم جواز الحكم بلا ردّ اليمين على المدعى ولو من الحاكم، ولو فرض عدم تمامه أيضاً يرجع إلى مقتضى الأصل العملى، وقد ذكرنا فى الجواب عن الوجه الأوّل أنّه الاشتراط.

وقد يقال: فى وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعى بأنّه ولى الممتنع والمنكر فيما إذا امتنع عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولايه عليه، ولا يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعى على المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كماتقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعى فهو مسقط لحق المدعى على المدعى عليه؛ ولذا لو امتنع المدعى عن الحلف بعده أو قال لا أُريد ردّ الحلف سقطت دعواه، وولايه الحاكم على الممتنع فيما كان ذلك حقّاً للغير على الممتنع.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه ربّما يستدل لجواز الحكم بمجرّد نكول المدعى عليه بخبر عبدالرحمان بن أبى عبداللّه «قال: قلت للشيخ عليه السلام : خبّرنى عن الرجل يدعى قبل

١- (١) الوسائل :ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٣:١٧۶.

بذل المنكر يمينه بعد النكول

ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه[۱].

الشَرح:

الرجل الحق فلا يكون له بينه بماله، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلاحق له وإن لم يحلف فعليه الحديث»(۱)، فإنّ مدلوله جواز الحكم على المدعى عليه بمجرّد تركه ما عليه من الحلف غايه الأمر ترفع اليد عن اطلاقه صوره ردّه اليمين المدعى فلم يحلف.

وفيه: أنّ الروايه فى سندها ياسين الضرير البصرى ولم يوثق، ولم يثبت كونه من المعاريف، مع أنّ الصدوق قدس سره نقل فى الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلاحق له، وان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له بل نقل فى الوسائل عن الكافى كما فى الفقيه(۲) وجعل: وإن لم يحلف فعليه، نسخه، وعلى ذلك فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل.

وقد تقدم أنّ مقتضى الاطلاق فى صحيحه هشام تعين الرد على المدعى كان الراد هوالمدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف والردّ مقتضى الأصل، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] قيل: هذا بناءً على كفايه نكوله فى حكم الحاكم، أمّا بناءً على ردّ الحاكم اليمين على المدعى فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعى، ولا يبعد ذلك، فإنّه قد تقدم أنّ مع حلف المدعى باليمين المردوده يثبت ميزان القضاء بالحق وانّ ما دلّ على أنّ ميزان القضاء البينه من المدعى ومع عدم اقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن اطلاقه بما إذا دلّ على أنّ حلف المدّعى على حقه بعد ردّ اليمين عليه ميزان لثبوته وابائه موجب لسقوطه، وإذا لم يحصل هذا الحلف والاباء فيؤخذ بالاطلاق المزبور، ومقتضاه نفوذ

۱- (۱) الوسائل :ج ۱۸، الباب من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۳.

۲- (۲) الكافى۷: ۴۱۵، التهذيب ۶: ۲۲۹، الفقيه ۳:۳۸.

....

الشَرح:

بذل اليمين من المنكر.

ودعوى أنّه إنّمايفيـد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلًا وإلّا فلا فائده لبذل المنكر اليمين لا يخفى ما فيها، فـإنّ المفروض أنّه لم يثبت انّ نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت انّ حلف المـدّعى بعـد الرد عليه و ابائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سـقوطه وإذا لم يحصل هـذا الميزان الذى اعتباره فى طول عدم حلف المدعى عليه وحلف المدعى عليه على نفى الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق والنكول بنفسه ليس مورد المخاصمه ليكون حكم القاضى فيه فاصلًا.

وممّا ذكرنايظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن ردّ اليمين على المدعى وحلف على نفى الحق قبل حلف المدعى على ثبوته فإنّ مقتضى قوله (صلوات اللّه وسلامه عليه): «البيّنه للمدعى واليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، وفى موثقه ابن أبى يعفور: «إذا رضـى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أنّ لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له»(۱)، فإنّ عمومها يعمّ المقام.

ونظير ذلـك مـا إذا لم يقم المـدعى البينه بـدعواه، ولكن قبـل حلف المـدعى عليه على نفى حقّه أقامهـا كمـا إذا حضـر مجلس القضـاء اتّفاقاً شاهـدان كـان كـل منهمـا عالماً بحقّه فشـهدا، فإنّ شـهادتهما فى الفرض داخله فى قوله عليه السـلام : «البينه على المدعى» وأنّها ميزان القضاء بثبوت الحق.

بقى فى المقام أُمور:

منها: ما إذا طلب المنكر الامهال فى اختيارالحلف أو ردّ اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الامهال له أو لايسمع طلب؟

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث۱۷۹:۱.

....

الشَرح:

فنقول: لا ينبغی التأمّل فی جوازه فیما إذا رضـی المـدعی بالتأخیر؛ لأنّ الحلف فیما إذا کانت دعواه ثبوت الحق علی الغیر حق له فیکون له التـأخیر فی المطـالبه، أمّـا إذا لم یرض بـذلک فالإمهـال من الحـاکم مشـکل فیمـا إذا کان فی الحضورثانیاً نفقه السـفر ونحوها، بل لا یبعـد أن یکون مقتضـی مثل معتبره عبید بن زراره عن أبی عبداللّه علیه السـلام : «فی الرجل یدعی علیه الحق ولا بیّنه للمدعی؟ قال: یستحلف أو یرد الیمین علی صاحب الحق»(۱)عدم الحق للمنکر فی الاستمهال.

ومنها: ماهو المنسوب إلی الشـهره من أنّ ردّ المنکر الیمین علی المدعی فیما إذا کانت دعواه لنفسه وکونها جزمیه، أمّا إذا کانت لغیره کمـا إذا کـان المـدعی ولیّـاً أو وکیلاًـ أو وصـیاً وادعی علی الغیر مالاًـ للمولّی علیه أو لموکّله أو الوصـیه بالمال الـذی بید الـوارث وأنکرهـا الغیر أو الـوارث فـإنّه لاـ یکـون مـورد لردّ الحلف، بـل یتعین علی المنکر الحلف علی نفی الحق، وإلاّـ فیحکم الحاکم بثبوته بمجرّد نکوله وامتناعه عن الحلف، وکـذا فیماکانت دعواه غیر جزمیه کـدعوی التهمه فی اتلاف ماله الـذیکان بید الغیر أمانه أو عاریه أو اجاره.

والوجه فی ذلـک انّ مـا ورد فی أنّ البینه علی المـدعی والیمین علی من أنکر مقتضاه تعین الیمین علی المـدعی علیه، غایه الأمر قـد رفع الیـد عن دلالتها علی تعیّنها علیه بما دل علی أنّ له ردّ الیمین علی صاحب الحق المـدعی، وإذا لم یکن المدعی صاحب الحق کما فی دعوی الولی والوصی والوکیل فلا موضوع لرد الیمین، وکذا ما ورد فی ردّ الیمین فظاهره انّ للمنکر ردّ الیمین إلی المدعی الذی یری نفسه صاحب الحق، والدعوی فیما إذا کانت بنحو التهمه لا یری المدعی نفسه صاحب الحق، بل غایته أنّه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۲:۱۷۶.

....

الشَرح:

يظن أنّ له الحق على المدعى عليه.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام : «فى الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له»(۱)، وفى معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بيّنه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»(۱)، إلى غير ذلك ممّا ظاهره الردّ على المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، وفى غيره يؤخذ بما تقدم ممّايكون مقتضاه تعيّن الحلف على المدعى عليه.

أقول: الأظهر جواز ردّ اليمين على المدّعى فى موارد كونه وليّاً أو وصياً أو حتى إذا كان وكيلاً، وذكر صاحب الحق فيأكثر الروايات الوارده فى ردّها لا يمنع عن الرد عليهم فإنّ ظاهرها صاحب الحق أصاله أو بالولايه والوصايه أو حتى بالوكاله، ويجوز لهم الحلف باليمين المردوده فإنّه لا يعتبر فى الحلف إلّا العلم بمايحلف عليه، ولو ادعى عدم ظهورها فى العموم واختصاصها بصاحب الحق بالأصاله لكان طالب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعى ولياً أو وصياً مشكلاً؛ لأنّ الوارد فى موثقه عبد اللّه بن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكرلحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى».

أضف إلى ذلك اطلاق صحيحه هشام المتقدمه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: ترد اليمين على المدعى»(۳)، فإنّه وإن قلنا سابقاً إنّه لا يمكن الأخذ باطلاقها بالإضافه إلى موارد الدعوى فى غير الأموال، إلّا أنّ الأخذ باطلاقها من حيث كون المدعى

۱- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۷۶:۳.

....

الشَرح:

فيها صاحب المال بالأصاله أو بالولايه والوصايه أو الوكاله بلا مانع.

ولا يبعد أيضاً أن يقال فى موارد كون المدعى وكيلاً يكون الرد عليه رداً على الموكّل أيضاً، وإذا ردّ المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكّل وحلف على حقّه ثبت حيث إنّ التوكيل يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضاً، فيكون سقوط حقه بإباء الوكيل والموكّل عن اليمين المردوده وثبوته بحلف أحدهما.

وأمّا فى موارد الدعوى على الغير تهمه فيما إذا كان المال بيد الغير فلامورد لردّ المنكر اليمين على المدعى، بل المنكر فيها إذا أقام البينه بعدم الخيانه وتلف المال بلا تفريط أو حلف عليه فهو أنّ كلاًّ منهماتسقط دعواه وإن لم يقم بينه أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

وهذا كما ذكرنا استفيد ممّا ورد فى ضمان الأجير وفى صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبى بصير، كماتقدم، قال: «لا يضمن الصائغ والقصارو لاالحائك إلاّ أن يكونوا متهمين فيجيئون بالبينه ويستحلف لعلّه يستخرج منه شى ء» مع ملاحظه ما ورد فى أنّهم إن أقاموا البينه فهو و إلاّ فيضمنون حيث تقيّد الثانيه بالأُولى فتكون النتيجه لزوم اقامه البينه بالتلف من غير افراط أو الحلف عليه و إلاّ فيضمن.

نعم الموارد التى أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيراً، كدعوى التهمه على الودعى والمرتهن والمستعير والوكيل وعامل المضاربه، يمكن القول فيها بأنّه لا يستفاد الحكم فيها ممّا ورد فى اتّهام الأجير بل هى باقيه فى دعوى المال على الغير مع فرض كونه أميناً من قبل المدعى فيجرى عليها ردّ اليمين على المدعى، غايه الأمر إذا لم يحلف المدعى على حقه ولو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، ولكن لايبعد التعدى منها

استحلاف المدعى مع البيّنه

ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم احضرها[١] لأنّ الحق له، وقيل يجوز وهو حسن.

ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدّعى، ومع الإقامه بالشهاده لايحكم إلّا بمسأله المدّعى أيضاً.

الشَرح:

إلى موارد كون من بيده المال متّهماً بلا فرق بين الأجير وغيره، ويؤيده ماورد فى دعوى المرتهن تلف الرهن.

[١] نسب عدم الجواز إلى الأكثر وإلى جماعه كالشيخ فى المبسوط وابن ادريس فى السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المهذب، وعن بعضهم التفصيل كالعلّامه فى المختلف والشهيد فى الدروس بين علم المدّعى بأنّ له حق الاحضار فلا يجوز، وبين جهله فيجوز.

ويظهر من تعليل عدم الجواز بأنّ احضارها حق للمدعى كون المراد بقوله احضرها أمر المدعى والزامه باحضارالبينه، ومن الظاهرأنّ الزامه باحضارها غير جائزسواء أكان عالماً بأنّ له حق الاحضار أم لا، حيث انّ الممتنع عن أداء حق يؤمر ويجبر عليه ولكن الممتنع عن استيفاء حقه والانتفاع به لا يجبر عليه.

نعم إذا كان الأمر بنحو الارشاد إلى أنّ للمدّعى احضار البينه واقامه الشهاده بدعواه لا بأس به بالاضافه إلى المدعى العالم، ويجب بالاضافه إلى الجاهل؛ لأنّ فى تعليم الجاهل تمكيناً له على الوصول إلى حقّه، وقد شرع القضاء له.

وأمّا الالزام فلايجوز؛ لأنّ له العدول عن دعواه أو رضاءه بحلف خصمه، ولو مع تمكّنه على اثبات دعواه بالبينه، كمايدل عليه ما فى موثقه عبداللّه بن أبى يعفورمن قوله: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قِبله

....

الشَرح:

ذهب اليمين بحقّ المدعى».(۱)

نعم لا أثر الحلف المنكر أو استحلافه بعد احضار البينه وشهادتها، لمثل قوله علیه السلام فی صحیحه سلیمان بن خالد الوارده فی الاحلاف: «هذا لمن لم تقم له بينه»(۲) فإنّ ظاهره تمام الشهاده وحصول ملاک القضاء، لا مجرد احضار البینه.

واحضارها مجلس الحكم وقوله هذه بينتى كاف فى وجوب الشهاده على الشاهدين، كما هو مقتضى قوله سبحانه:«وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»(۳)، «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»(۴) فللحاكم طلب الشهاده منهما ولا دليل على كون الطلب حق المدعى، كما لا يكون حكم الحاكم بعد تمام الشهاده حقّاً للمدعيأخذاً بقوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»(۵) ولوجوب القضاء وفصل الخصومه واستيفاء حقوق الناس لبعضهم من بعض، فلا يكون اداء الشهاده والحكم بعده من حق المدعى.

ولكن لا بأس بالصلح بينهما بعد اداء الشهاده بل بعد الحكم حيث إنّ الصلح جائزبين المسلمين كما إنّ للمدعى اسقاط حقّه قبل اداء الشهاده أو بعدها وكذا قبل حكم الحاكم وبعده.

وبالجمله: ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ الحاكم لا يسأل الشهاده إلّا بعد التماس المدعى وكذا لا يحكم إلّا بعد التماسه، لايمكن المساعده عليه فإنّ ذلك من وظائف الحاكم واداء الشهاده وظيفه الشاهد مع طلب الشهاده منه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۹.

۲- (۲) المصدرنفسه:الباب ۱ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۶۷.

۳- (۳) الطلاق: ۲.

۴- (۴) البقره: ۲۸۲.

۵- (۵) النساء: ۱۳۵.

وبعد أن يعرف عداله البينه يقول هل عندك جرح [۱]، فإن قال: نعم وسأل الإنظار فى اثباته أنظره ثلاثاً فإن تعذّر الجرح حكم بعد سؤال المدّعى.

الشَرح:

[۱] إذا كان القاضى عالماً بعداله الشاهدين وبعد ادائهما شهادتهما يتمّ عنده ميزان القضاء فله الحكم بثبوت الدعوى ولا يعتنى بشهاده الجارح فضلاً عن احتمال وجوده لأنّ مع علم القاضى بعداله الشاهدين لا تكون بيّنه الجرح معتبره فى حق القاضى، أمّا إذا لم يعلم القاضى بعدالتهما، وإنّما يقبل شهادتهما لوجود بينه التزكيه أو حسن الظاهر.

فقد يقال: يجوز له الحكم أيضاً لحصول ملاك ميزان القضاء وأصاله عدم الجارح. غايه الأمر يكون للخصم دعوى فسق الشاهدين واثبات فسقهما ومع اثباته ولو بعد الحكم ينقض الحاكم حكمه؛ لأنّ عدم نقض الحكم بالبيّنه القائمه بعدالحكم فيما إذا كان الحكم السابق برضى المدعى بحلف المنكر.

ولكن المنسوب إلى المشهور أنّه لو ادّعى الخصم وجود الجارح أنظره الحاكم ثلاثه أيام من غير تفصيل بين بعد المسافه وقربها.

وفى روايه سلمه بن كهيل عن على عليه السلام من قوله: «واجعل لمن ادّعى شهوداً غيباً امداً بينهما»(۱)، وظاهرها جعل الإنظار بحيث يناسب احضارها فيكون الانظار بالثلاثه بلا مستند يصلح الاعتماد عليه.

كما أنّ روايه سلمه بن كهيل لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها وعدم دلالتها على حكم المقام، فإنّ المقام فى الامهال فيما إذا ادعى الخصم البينه له بالجرح، وظاهر الروايه امهال المدعى إذا كان له شهود غيّب بحقّه.

ولا يبعد أن يقال: إنّ مع تمام ميزان القضاء بشهاده شاهدين المحرز

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۵۵.

ولا يستحلف المدّعی مع البينه إلّا أن تکون الشهاده علی ميت[۱]، فيستحلف علی بقاء الحق فی ذمته استظهاراً.

الشَرح:

عـدالتهما بـالبينه لاـ موجب لوقف القضاء، حتی إذا إدّعی الخصم أنّ له بينه الجارح، غايه الأمر إذا ظهر فسق الشاهـدين وخلاف بينه التزکيه يلغی الحکم؛ لانکشـاف کون الحکم لم يکن بالبينه العادله، ولايقاس بقيام البينه بالحق بعـد الحکم بحلف المنکر أو نکول المـدعی عن اليمين مع ردّهـا عليه؛ لماتقـدم من سـقوط الحق بـاليمين المزبوره وإنّ هـذا اليمين تثبت الحق إذا ردت علی المدعی، ومع نکوله تکون موجبه لسقوط حقّه.

وبتعبير آخر لم يکن احضـار المـدعی البينه بعـد تمام الحکم بالحلف کاشـفاً عن عـدم کون الحکم السابق عنـد صـدوره بميزان القضاء بخلاف صوره العلم بفسق شاهدی الدعوی أو قيام بيّنه الجارح لهما فی زمان شهادتهما بحق المدعی.

[۱] لا خلاف بين أصـحابنا أنّه لا اعتبار بيمين المدعی مع اقامته البينه بدعواه ويشـهد لذلک مثل قوله صلی الله عليه و آله : البينه علی مـن ادّعی واليميـن علی مـن ادّعی عليـه»(۱)، حيث إنّ التفصـيل قـاطع الشـرکه، وفی صـحيحه محمـد بن مسـلم «قال:سألت أبـاجعفر عليه السـلام عن الرجل يقيم البينه علی حقّه هل عليه أن يسـتحلف؟ قال :لا»(۲)، وفی خبر أبی العباس عن أبی عبـداللّه عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البينه علی حقّه فليس عليه يمين الحديث».(۳)

ونقل عن بعض العامّه اعتبار اليمين مع بينه المـدعی، ويوافق ذلک ما فی خبر سـلمه بن کهيل من قوله عليه السـلام لشـريح «وردّ اليمين علی المـدّعی مع بيّنته فإنّ ذلک أجلی للعمی وأثبت فی القضاء»(۴) ومع ضعفه سنداً، ومعارضته مع ما تقدم، وکونه علی وفاق

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب کيفيه الحکم، الحديث ۱:۱۷۰.

۲- (۲) المصدرنفسه:الباب ۸ من أبواب کيفيه الحکم، الحديث ۱:۱۷۷.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحديث ۴:۱۷۸.

....

الشَرح:

العـامه لاـ يمكن الاعتمـاد عليه. بـل فى حمله على الاسـتحباب حتى مع طلب المـدعى عليه ورضـا المـدعى مشـكل؛ لظهوره فى الحكم الوضعى واعتباره فى القضاء.

وكيف كـان فقـد اسـتثنى الأصـحاب من الحكم الـدعوى على الميت بالـدين عليه فـإنّه لو أقام المـدعى البيّنه بـدعواه فى ثبوتها انضـمام يمين المدعى بالبينه، ومع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، وقد يقال: بعدم تعرض الأصـحاب لهذا الاستثناء قبل المصنف غير الشيخ قدس سره .

ويدلّ على اعتبارضم اليمين صـحيحه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام : «هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟فوقّع: إذا شـهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين وكتب: أيجوزللوصـيأن يشـهد لوارث الميت صـغيراً أو كبيراً وهو القابض للصـغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السـلام :نعم وينبغى للوصـى أن يشـهد بالحق ولا يكتم الشهاده، وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام : نعم من بعد يمين».(۱)

والاسـتدلال بما فى الذيل ، حيث إنّ ظاهره اجتماع شـرط الشاهد فى الوصـى من غير جهه كونه وصياً وجوابه عليه السلام بقبول شهـادته مع شـهاده عـدل آخر من بعـد يمين مقتضـاه اعتبـار يمين المـدعى، كمـا ذكر فى صـدرها، ولاـ يضـرّ ما فى الصـدر من اعتبـاراليمين فى الـدعوى للميت على الحىّ، لأـنّ عـدم امكـان الأخـذ بمـا فى الصـدر لمـا دلّ على عـدم اعتبـار اليمين مع الـبينه للمدعيلا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لايمكن الأخـذ بما فى ذيلها أيضاً لمعارضـته بصـيحيحه أُخرى للصـفار «قال: كتبت إلى أبى محمـد عليه السـلام : رجل أوصيإلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۷۳.

....

الشَرح:

صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقّع عليه السلام : نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»(۱)، حيث إنّ ظاهر هذه اداء الدين على الميت في صوره اثبات مدعيه بشهود عدول ولو كان ضم اليمين مع الشهود العدول معتبراً تعرض عليه السلام لاعتبار الضم في الجواب.

فإنّه يقال: غايه دلاله هذه الصحيحه على عدم اعتبارضم اليمين إلى البينه في الدعوى على الميت بالاطلاق بعدم ذكر ذلك في الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في صحيحته المتقدمه، مع أنّ من المحتمل جداً أن يكون ما في الكلام السائل بشهود عدول قيداً لقضاء الكبار.

ويظهر اعتبار الضم من روايه عبدالرحمان بن أبي عبداللّه «قال: قلت للشيخ عليه السلام إلى أن قال: قال عليه السلام : وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البيّنه فعلى المدعي اليمين باللّه الذي لا اله إلاّ هو لقد مات فلان وانّ حقّه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحقّ له، لأنّا لاندري لعلّه قد أوفاه ببينه لانعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البينه فإن ادعى بلا بينه فلاحقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ ولو كان حيّاً لأُلزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثمّ لم يثبت الحق».(۲)

ولكن في سندها ياسين الضرير، ولم يثبت له توثيق، وربّمايناقش فيها بعدم ثبوت ان المسؤول فيها هو الإمام عليه السلام ولعلّه غيره، وبان اعتباراليمين باللّه على النحو الوارد فيها غير معتبر.

۱- (۱) المصدر نفسه :ج ۱۳ الباب ۵۰ من أبواب الوصايا، الحديث ۱:۴۳۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۳.

....

الشَرح:

ومثلها روايه سليمان بن حفص المروزى قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات وله ورثه فجاء رجل فادعى عليه مالاً ـ وانّ عنده الرهن، فكتب عليه السلام :إن كان له على الميت مال ولابينه له عليه فليأخذ ماله بما فى يده وليردّ الباقى على ورثته ومتى أقرّ بما عنده أخذ به وطولب بالبينه على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينه والورثه ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون باللّه ما يعلمون أنّه على ميّتهم حقّاً»(۱)، والوجه فى كونها مثل السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

والظاهرانّ المذكور فى صدر الجواب هو أنّ مثل هذا الشخص إذا لم يمكنه اثبات الدين على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاصّياً وردّ الزائد عن حقه على الورثه من غير اقرار بأنّ ما عنده كان رهناً لأبيهم، وإلّا يؤخذ باقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.

ثمّ إنّه قد وقع الكلام فى أنّ اعتبار يمين المدعى فى الدعوى على الميت مطلقاً أو أنّه يختص بما إذا كان المدعى على الميت يدّعى عليه الحق لنفسه فلو كان المدعى عليه وصى ميت آخر. كما إذا قال لوصى ميّت انّ من أوصى إلىّ له مال كذا على ميّتكم وأقام البينه بما ادعاه فانّه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفاً على اليمين مطلقاً حتى فى مثل الفرض لم يثبت الدين عليه؛ لأنّ يمين الوصيلايفيد شيئاً حيث لم يعهد ثبوت مال لأخر بيمين شخص ثالث، وانّما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصه كما قيل.

وكذا فيماكان المدعى على الميت ورثه ميت آخر كما إذا قالوا: لميّتنا على ميّتكم مقدار كذا من المال وأقاموا البيّنه بمدّعاهم، فإنّه لا يمكن للورثه المدّعين الحلف على بقاء المال على عهده الميّت المدعى عليه، حيث إنّ غايه الأمر أنّهم يعلمون بثبوت

۱- (۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الرهن، الحديث ۱:۱۴۰.

....

الشَرح:

الدين عليه لاببقائه. ومن المحتمل أنّ الميّت الدائن قد ابرأ الميت المديون.

واحتمال جواز الحلف للورثه اعتماداً على الاستصحاب فی الـدين كجواز الشـهاده بالملك اعتماداً على قاعـده اليد بلاوجه؛ لأنّ منصرف أدله اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم والبت لا بنحو التعبّد، وجواز الشهاده بقاعده اليد لم يثبت، وعلى تقدير القول به فهو لدليل خاصّ كمايأتی.

و ذكر فی الجواهر قـدس سره (١) أنّ ثبـوت الـدين على الميت كثبـوت الـدين على الحیّ يكون بـالبينه ويعتـبر يمين المـدعی استظهاراً لبقاء دينه فيما إذا كان المدعی على الميّت صاحب الحق وانّ عدم ثبوت المال بالبينه مخالف للذوق الفقهی، ويفصح عن كون اعتبـار اليمين استظهارياً لبقـاء الـدين الثـابت بـالبينه قوله عليه السـلام فی قويعبـدالرحمان: «فعلى المـدعی اليمين بـاللّه الـذيلاإله إلاّ هو لقد مات فلان وانّ حقّه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحق له»(٢) وأنّ هذا الحلف للمدعیأنّه صاحب الحق على الميت فلايعم غيره، وحمل المفروض فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلالـه روايه عبـدالرحمان بن أبی عبـداللّه على عـدم الحـاجه إلى ضم اليمين فيما إذا لم يكن المـدعی دعواه الحق لنفسه على الميّت لا ـيمكن المساعـده عليهـا، فـإنّ غـايه القول أنّهـا لا ـ تـدل على ضمّ اليمين إلى البيّنه فی الفرض أيضـاً، فيؤخذ بالاطلاق من صحيحه الصفار المتقدمه، ومقتضاه اعتبارالضم مطلقاً.

نعم دلالتها على ثبوت الـدين ايضاً على الميت بالبيّنه واعتبارضم اليمين لاحتمال عدم بقاء الدين الثابت فلاحاجه إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على ذمته على تقدير الثبوت وأنّه لا بدّ من يمين المدعی إذا ثبت الدين على ميّتهم باقرارهم و لكن قالوا

١- (١) الجواهر ۴٠: ١٩۵.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١٧٣.

....

الشَرح:

نحتمل عدم بقائه لاحتمال الاداء والابراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين فيها تامّه ودعوى أنّ ما ورد فيها حكمه لاتعليل لايمكن المساعده عليها، لعدم القرينه على أنّ الوارد فيها حكمه، إلّا أنّها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

ومقتضى صحيحه الصفار المتقدمه أنّ سقوط الاستصحاب فى بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينه ولا تعم ما إذا ثبت باقرار الورثه أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أنّ مقتضاها اعتبارضم اليمين إلى البينه حتى لو اعترف الورثه والوصى ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

وعلى ذلك فتسميه اليمين من المدّعى استظهارياً بمعنى أنّ اليمين تعتبر فيما إذا احتمل براءه عهده الميت بالوفاء ونحوه قبل موته وانّ اليمين تعتبر فى موارد اقرار الورثه بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أوالابراء قبل موت ميّتهم أو شهدت البيّنه على اقرار الميّت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعده عليها كما التزم بذلك وانّه يعتبر الضم مطلقاً صاحب المستند قدس سره ، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد فى روايه عبدالرحمان حكمه لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقى فى المقام أُمور:

الأوّل: قد ذكرنا أنّ العمده فى القول باعتبارضم اليمين من المدّعيإلى بيّنته هو صحيحه الصفار المتقدمه، وأنّها لاتعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصى والورثه والشياع المفيد للعلم، فهل يمكن فى هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلًا بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتمل الحاكم أو المعترف بأصل الدين حصول الابراء أو الوفاء قبل موت الميّت أو أنّه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟

....

الشَرح:

الأظهر هو الثانی؛ لأنّ مقتضی قوله صلی الله علیه و آله : «إنّما أقضی بینکم بالبینات والأیمان»(۱)، منضماً إلی قولهم علیهماالسلام : «البیّنه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه»(۲) عدم جواز القضاء بمجرّد الاستصحاب أو غیره من القواعد المقرره للشاک ، بل یتعین أن یکون مدرک القضاء البینه أو الیمین غایه الأمر رفعنا الید عن ذلک فیما إذا علم القاضی جزماً بثبوت الحق وصحه دعوی المدعیأو کان عالماً بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوی المدعی وثبوت الحق له فعلاً، ومن المفروض أنّه مع احتمال البقاء والارتفاع لایحصل شیء من ملاک حکمه.

وعلی ذلک فیصح فی الموارد المزبوره الحکم بأنّ الدین کان ثابتاً علی المیت وبعد ثبوت الدین السابق بالحکم کما فی موارد علم القاضیأو باقرار الوصی والوارث یجب العمل من الوارث والوصی علی طبق الاستصحاب فللحاکم الزامهما بالعمل به، کماتقدم فی موارد عدم سماع الدعوی مع عدم الجزم فلو ظفرا ولو بعد ذلک بالبینه علی الوفاء أو الابراء أو قد علما بأحد هما فلهما الترافع مع المدعی لعدم حصول القضاء بالدین علی المیت عند موته لیقال عدم انتقاض هذا الحکم، کما أنّ المدعی علی المیت إذا وجد البینه علی الدین فله اثباته بها منضماً إلی یمینه، لما ذکرنا من عدم کون کل ذلک من تجدید المخاصمه بعد فصلها.

الثانی: یقع الکلام فیأنّ ضم الیمین إلی بینه المدعی علی المیّت یختص بما إذا کانت الدعوی علیه دیناً فلایحتاج إلی ضم الیمین فیما کانت دعواه العین التی کانت بید المورث أو المنفعه أو الحق کحق الخیار.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۶۹.

۲- (۲) المصدر نفسه :الباب ۳ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۵:۱۷۱.

....

الشَرح:

فقـد يقـال بالاختصاص لاختصاص روايه عبـدالرحمان بن أبى عبـداللّه بالـدين، حيث ورد فيها الحلف على أنّه مات وحقه عليه، وظـاهر بقـاء الحق عليه هوالـدين، وكـذا ما ورد فيها من التعليل بأنّه لانـدرى لعلّه أوفاه ودعوى انّ ذكر احتمال الوفاء بالـدين من بـاب المثـال، والمعيـار احتمال عـدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عنـد الميت عنـد موته لا يمكن المساعـده عليها، خصوصـاً بملاحظه الفرق بين البيّنه القائمه بالدين والقائمه بكون العين للغير. فإنّ بيّنه الدين تعتمد غالباً فى بقائه على الاستصحاب بخلاف الشهاده بكون العين للغير.

لايقال: قـد تقـدم ضـعف الروايه سـنداً وان المسـتند فى اشتراط الضم هو صـحيحه الصـفار ومقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى ديناً أو غيره.

فـإنّه يقـال: لاـ يمكن أن يسـتفاد من الصـحيحه أيضاً اعتبارالضم فى غير الـدين فيكون المرجع فى غيره اطلاق ما دلّ على ثبوت الـدعوى وحصول ميزان القضاء بالبينه، والوجه فى عـدم امكان الاسـتفاده انّ الصـدوق قدس سـره رواها هكذا: «أو تقبل شـهاده الوصـى على الميـت بـدين مع عـدل آخر، قـال عليـه السـلام : نعم من بعـد يمين».(۱) ومقتضـى الاختلاـف بين النقلين بالزيـاده والنقيصه الأخذ بالزياده ولا أقل من اجمال الصحيحه من هذه الجهه.

بل لا يبعـد أن يقال: انّ على نقل الكلينى قـدس سـره أيضاً ظاهرها دعوى الـدين على الميت حيث تكون الدعوى فى العين على الوارث لوقوع العين بيدهم وانحلال العاريه

ص: ۱۷۲

۱- (۱) الفقيه۱۴۷/۴۳:۳.

....

الشَرح:

ونحوها التى كانت موجبه لجريان يـد الميت عليها فالشـهاده على الميت والدعوى عليه ظاهرها موارد الدين لا العين ونحوها وقد تقـدم أنّ المنـاقشه فى التمسک فى اعتبار ضم اليمين بصـحيحه الصـفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهـد لا المدعى غير صحيحه فإنّه قد ذكر فى صدرها فى شهاده الوصى للميت يمين المدعى وظاهر الذيل اعتبار تلک اليمين فلاحظ.

وقـد تحصـل ممـا ذكرنـا أنّه لو شـهدت البيّنه بأنّ العين التى كانت بيـدالميت كانت عاريه عنـده أو وديعه أو غصـباً إلى أن مات يحكم القاضى على العين بأنّها ملک المدعى بلاحاجه إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شـهدت أنّها كانت للمـدعى فى السابق ولا تـدرى ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبينه الملک السابق، فيحكم به ويلزم الورثه العمـل بمقتضـى الاستصـحاب فيمـا إذا اعترفوا بالملـک السابق واحتملوا الانتقال بعـد ذلک لسـقوط يـد الميت عن الاعتبارمع اعترافهم بالملک السابق للمدعى.

أمّـا إذا قـالوا مع قيـام البيّنه بالملـک السـابق للمـدعى أو مع اعترافهم بملكه السـابق بـأنّ العين عنـد موت مورثهم كان ملكاً له لا للمـدّعى فلهم على المـدّعى الحلف على عـدمه لانقلاب الدعوى بالبينه المزبوره أو بالاعتراف، وأن لا يخلو الانقلاب فى صوره البينه بالملـک السـابق عن المنـاقشه. وإذا لم تكن فى البين إلاّـ دعوى المـدعى العين وجواب الورثه بعـدم علمهم بالحـال، فيأتى الكلام فى ذلک فى جواب المدعى عليه بلا أدرى ان شاء اللّه تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الـدين على الميت كالـدين على الحىّ يثبت بشـهاده واحـد ويمين المدعى، وعليه اختلفوا فى الحاجه فى ثبوت دعوى الدين على

....

الشَرح:

المیت بشاهد ویمین المدعی إلی یمین أُخری من المدعی علی بقاء الدین علیه إلی أن مات أو أنّه لا حاجه مع ثبوت الدعوی بشاهد ویمین إلی الأُخری للتداخل، فقد یقال بالحاجه لأنّ الیمین الأُولی مع شهاده عدل تثبت أصل الدین والیمین الأُخری لاستظهار بقاء الدین علیه إلی موته کما یقال إذا کانت شهاده الشاهد والیمین أوّل مره علی الدین علی المیت إلی أن مات ففی الحاجه إلی الیمین الأُخری اشکال للزوم تکرار الیمین بلافائده.

أقول: لو ثبت أنّ حلف المدعی مع شهاده عدل بیّنه فلایبعد أن یقال بلزوم تکرار الیمین، حیث یعمه قوله علیه السلام ما فی روایه عبدالرحمان، وان کان المطلوب بالحق قد مات فأُقیمت علیه البینه فعلی المدعی یمین، فیکون کما إذا ثبت الدین علی المیت بشاهد عدل وامرأتین عادلتین، کما هو ظاهر ما ورد فی سماع شهاده النساء مع الرجال فی المالیات أو الدین خاصه.

وأمّا إذا قیل بعدم قیام دلیل التنزیل فلازم ذلک عدم ثبوت الدین علی المیت بشاهد واحد، ولو مع یمین المدعی بأکثر من مرّه لقوله علیه السلام فی ذیل الروایه: «فإن ادّعی بلا بینه فلاحق له».(۱)

لایقال: ما ورد فی ثبوت دعوی المال بشهاده الواحد مع یمین المدعی مقتضاه ثبوت الدین بهما فی الفرض أیضاً، بل ظاهره أنّهما بینه، خصوصاً بملاحظه ما ورد من أنّ البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه، وانّ الحکم بالیمین فیما إذا لم یقم المدعی البینه بدعواه.

ص :۱۷۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۳.

....

الشَرح:

فـإنّه يقـال: نعم ما ورد فى ثبوت الـدين أو مطلق المال بشـهاده عـدل مع يمين المـدعيأو بشـهاده رجل وامرأتين ويمين المـدعى ظـاهره كون مـا ذكر بيّنه، إلاّـ أنّ مقتضـى صـحيحه محمـد بن يحيى اعتبار تعـدد الشاهـد فى البينه على دين الميت، وذلك فإنّ الدين عليه لو ثبت بشـهاده عدل ويمين المدعى ولو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شـهاده الوصى على الميت بما إذا كان معه عـدل آخر ويمين المدعى، فمقتضـى الصـحيحه أنّ قبول شـهاده الوصـى مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعى، وهذا نوع تخصـيص فيأدلّه اعتبار البينه فيالـدعاوى، ولـذا يحتاج إلى ضـمّها حتى ما لو علم أنّ الميت على تقدير كونه مديوناً لم يوفيه وأنّه قـد مـات والـدين عليه، فـدعوى كون اليمين اسـتظهارياً، كما هو ظاهر خبر عبـدالرحمان بن أبى عبـداللّه المتقـدمه لايمكن المساعده عليها.

نعم لو كـان فى البين خطـاب يكون مـدلوله تنزيل يمين المـدعى فى موارد دعوى المال أو الـدين على الغير منزله شـهاده عـدل لامكن القول بكفايه شهاده واحد ويمين المدعى فى الدعوى على الميت أيضاً بعموم التنزيل.

ولكن يمكن المنـاقشه فى الجواب بـأنّ كون شـهاده عـدل آخر مع شـهاده الوصـى لم يؤخـذ قيـداً فى جواب الإمام عليه السـلام ليكون مقتضاه أنّ شـهاده الوصـى بـدون انضـمام شـهاده عدل آخر ولو مع يمين المدعى لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلك فى كلام السائل بفرضه شـهاده الوصـى مع شـهاده عدل آخر فذكر عليه السـلام أنّ شهادتهما لا تفيد إلاّ مع يمين المدّعى على الدين على الميت.

نعم ذكر ذلك قيداً فى الجواب فى صدر الروايه فى فرض الدعوى للميت على الحيّ فذكر عليه السـلام تثبت الدعوى إذا انضـم إلى شهاده الوصى شهاده عدل آخر مع يمين

ص :۱۷۵

....

الشَرح:

المـدعی، ومن الظـاهرأنّ الصـدر غیر معمول به فإنّه لایعتبر فی دعوی الورثه علی حی بالـدین لمورثهم علیه مع شـهاده العـدلین یمین الورثه فلابد من أن یترک أو یحمل علی عدم قبول شهاده الوصی مطلقاً أو فی صوره اختلال بعض شرائط الشاهد فیه.

والمتحصـل: أنّه لایبعـد القول بثبوت الـدین علی المیت بشـهاده عـدل ویمین المـدعی، کثبوته بهما علی الحی والفرق بینهما أنّ الدین علی الحی یثبت بشهاده العدلین ولکن الدین لایثبت علی المیت بمجرد شهادتهما بل لابدّ من ضم الیمین.

وممّـا ذکرنـا یظهرأنّـه لـو ادّعی الـوارث علی میـت بـدین لمـورثهم وکـان بینهـم عـدلان یثبت الـدین علی المیت المـدعی علیه بشـهادتهما مع الیمین من کل واحد منهم، فإنّ دعوی العدلین بالاضافه إلی سـهام الوارث یحسب بینه فتثبت سهامهم بضم الیمین منهم کما إذا دعوی کل منهما بالاضافه إلی دعوی الآخر یحسب شهاده عدل واحد یضمّ إلیهما یمینه.

وبتعبیر آخر: کل من الوارث بالاضافه إلی سـهمه من الـدین علی المیت مدّعٍ، ودعواه بالاضافه إلی سـهام الآخرین شـهاده. لکن هـذا مبنی علی أنّ المأخوذ لایکون مشاعاً بین جمیع الورثه بأن یختص کل واحـد من الورثه بمایأخذه من الدین بمقدار سـهمه، وإلاّ تدخل شهاده العدلین من الورثه فی شهاده الشریک لشریکه و هی غیر مسموعه کمایأتی فی الشهادات.

الرابع: أنّ مـا تقـدم من توقف ثبوت الـدین علی المیت علی ضم یمین المـدعی لایجری إذا کان ثبوت الـدین علیه باقرار المیت بالدین له علیه قبل موته، حیث إنّ اعترافه قبل موته نافذ.

ص :۱۷۶

ولو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى البينه تردّد أشبهه أنه لا يمين [١].

الشَرح:

نعم إذا كـان اعـترافه فى مرض موته وكـان متهمـاً فى اقراره فلاينفـذ ذلـك الاـقرار، كمايشـهد بـذلك غير واحـد من الروايـات كصـحيحه منصور ابن حـازم قـال: «سـألت أباعبـداللّه عليه السـلام عن رجـل أوصـى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميّت مرضياً فاعطه الذيأوصى له»(١)، وتمام الكلام فى كتاب الوصيه.

[١] المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشـهور الحاجه إلى ضم يمين المـدعى بالبيّنه فى موارد دعوى الـدين على مثل الميت ممّن لا لسـان كـالصبى والمجنون والغـائب، وعن جمـاعه بل عن أكثر المتأخرين عـدم الحاجه، ويسـتدل على الحاجه بالتعليل الوارد فى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه(٢) المتقـدمه، ولكن لا يخفى أنّ الصبى والمجنون ليسا من أهل الوفاء ليندرج احتمال وفائهما فى التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهه إلى وليهما.

والغائب وإن لم يكن له لسان إلاّ أنّه على حجته إذا جاء، ففى صحيحه جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلاّ بكفلاء».

وبالجمله: الميت لالسان له أصلاً والغائب لا لسان له فعلاً، فلا يمكن التعدى ممّا ورد فى الأوّل إلى الثانى.

هذا مع ضـعف الروايه سـنداً والعمده فى دعوى الدين على الميت صـحيحه محمد بن يحيى الوارده فى شـهاده الوصـى، ولم يرد فيها تعليل.

١- (١) الوسائل: ١٣، الباب ١٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١:٣٧٦.

٢- (٢) المصدرنفسه: ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١٧٣.

ويدفع الحاكم من مال الغائب قدرالحق بعد تكفيل القابض بالمال [١].

الشَرح:

[١] قد ذكر هذا الحكم فى كلماتهم ويستدل على ذلك بصحيحه جميل عن جماعه من أصحابنا، عنهما عليهماالسلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلاّ بكفلاء».(١)

والشيخ قدس سره وإن رواها بسند فيه ضعف(٢)، إلاّ أنّ السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبداللّه عن أيوب بن نوح عن محمدبن أبى عمير عن جميل، أضف إلى ذلك أنّ له قدس سره إلى جميع كتب محمد بن أبى عمير ورواياته التى منها هذه الروايه طريق صحيح، على ما ذكره فى الفهرست، ولا يضرّ باعتبارها التعبير عنها بالمرسله، فإنّ الارسال بمثل ما فى الروايه من التعبير بالعده والجماعه وغير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو إثنين، ومع كثره رواته لا يخلو رواته عن الثقه والعدل، كمايظهر بوضوح بملاحظه من روى عنه جميل. وفيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام مثله إلاّ أنّه «زاد إذا لم يكن ملياً».(٣)

ومقتضى الجمع بين الكفاله و عدم ملاءه المدعى إنّ المراد بالكفاله التكفيل بمعنى ضمانه المال المدفوع إليه و إلاّ فبمجرّد الكفاله لا تفيد فى تدارك مايفوت على الغائب أحياناً إلاّ أنّ السند فى تقييد الكفاله بعدم الملاءه لا يخلو عن الضعف ومناسبه المقام موجبه لرفع اليد عن اعتبارالكفاله بمعناها الظاهرالمعروف.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:٢١٦.

٢- (٢) التهذيب: ٦/٢٩٦، الاستبصار:٣/٤٧.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٤:٢١٧.

ولو ذكر المدعيأنّ له بينه غائبه خيّره الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم[۱] وليس له ملازمته ولامطالبته بكفيل.

الشَرح:

ومايقال من أنّه لايمكن الأخذ بظاهر مرسله جميل فإنّ مقتضاها اعتبار تعدّد الكفيل لا يمكن المساعده عليه، فإنّ ظاهرها بمناسبه الحكم والموضوع اراده الجنس من الجمع المحلى باللام، فلا مجال فى الحكم فى المقام، وإن كان لايبعد كماتقدم أن يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لامجال لتوقف فى الحكم بما فى روايه أبى البختريعن جعفر عن أبيه عن على قال: «لا يقضى على غائب»(۱)، فإنّه مضافاً إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدّعى كفيل.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا كانت دعوى المدعى على الغائب سقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب وكيل الغائب الدين لموكّله عن المدين وادعى المدين أنّه أداه لموكّله فإن كان للمدعى بينه بالاداء أو بالابراء فهو وإلّا يجب عليه الاداء إلى الوكيل وليس له احلاف الوكيل على عدم الاداء أو الابراء، نعم لو ادّعى عليه علمه بالاداء والابراء فله احلاف الوكيل على عدم علمه.

ويمكن أن يقال: انّه مع عدم البينه له بالاداء أو الابراء وإن يكلّف بالاداء إلى الوكيل إلّا أنّه للأخذ باقرارالمدين بالدين عليه للموكّل وعدم اثباته الاداء والابراء لا لثبوت القضاء فى الواقعه وعليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

[۱] إذا كان للمدعى بينه حاضره بحيث حصل القضاء بها وثبت الدين على المنكر فلاكلام، أمّا إذا ذكر المدعى أنّ له بينه غائبه بدينه خيّره الحاكم بين احضار البينه وبين احلاف المنكر لأنّ كلًّا من احضارها واستحلاف الغريم حق للمدّعى فله اختيار

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۴:۲۱۷.

سكوت المدعى عليه عن الجواب

وأمّا السكوت: فإن اعتمده اُلزم الجواب فإن عاند حبس حتى يبين [١]، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل: يقول الحاكم إمّا أجبت و إلاّ ـ جعلتك ناكلًا و وردت اليمين على المدّعى فإن أصرّ ردّ الحاكم اليمين على المدّعى، والأوّل مروّيوالأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول.

الشَرح:

أحدهما وقد تقدم أنّ حلف المنكر مدرك للقضاء مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه لامع عدمها، ولكن لو لم يستحلف وطلب تأخير القضاء إلى احضارها لايكون له ملازمه الغريم بنحو لا يجوز تلك الملازمه مع عدم الخصومه فضلًا عن أن يطلب حبسه أو يطلب الكفيل، لأنّ الملازمه فرع ثبوت الحق وحبسه فرع امتناعه عن اداء ما ثبت عليه من الدين، وكذا مطالبه الكفيل.

ولكن ربّما يقال: لا بأس بجواز مطالبه المدعى المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقّه ولا تتوقّف الكفاله على ثبوت الدين بل تصحّ مع الدين المحتمل، وفيه أنّ صحّه الكفاله مع الدين المحتمل لا يوجب جواز الزام الخصم بالكفاله على الدين المحتمل.

[١] يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأنى لا أدرى. فنقول:

لوسكت ولم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنّه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، وينسب ذلك إلى الشيخين وابن حمزه أيضاً، وقد ذكر الماتن قدس سره أنّ هذا مروى، وقد تلقّى بعض هذا الكلام بالروايه المرسله، ولكن لا يخفى ما فيه.

فإنّه يحتمل أن يكون مراده روايه (ليّ الواجد تحل عقوبته)، بدعوى أنّها تعمّ واجد الجواب أيضاً، وقد تقدم فى بحث حكم الممتنع عن اداء الدين ولو بدعوى الاعسار أنّ ظاهرها واجد المال، وقيل: إنّ الزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر

....

الشَرح:

بالمعروف والنهى عن المنكر بمراتبهما ولو بالانتهاء إلى الضرب والاهانه، ويدخل فيهما حبسه.

وفى قول آخر نسب إلى الشيخ قدس سره فى المبسوط وابن ادريس والقاضى فى مهذّبه وعن العلامه فى القواعد، أنّ الحاكم يقول له إمّا أجبت و إلاّ ـ جعلتك ناكلاً وردت اليمين على المدعى، ومع اصراره على السكوت وبعد تكراره ثلاثاً، يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقّه وإلاّ سقط.

ولكن قديناقش فى هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولاً ورد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الانكار والنكول لا مطلقاً وتدفع المناقشه بأنّه لم يرد فى الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعى عليه اليمين، كما فى صحيحه محمد بن مسلم(١)، أو أنّه يرد اليمين على المدعى، كمافى صحيحه هشام المتقدمه(٢)، وهذه تعم ما إذا كان الرادّ هو المدعى عليه أو الحاكم.

وبتعبير آخر مقتضى الروايات الداله على أنّ البينه للمدعى واليمين على المدعى عليه كون طلب الحلف فى فرض سكوت المدعى عليه أيضاً من حق المدّعى؛ فإن طلب المدعى هذا الحق وأبى المدعى عليه عن ادائه يردّ الحاكم اليمين على المدعى أخذاً بصحيحه هشام.

وما ورد فى بعض الروايات «البينه للمدعى واليمين على من أنكر»(٣)، لاينافى ماتقدم لعدم المنافاه بينهما، فيكون اليمين من المدعى عليه منكراً أو ساكتاً من حق المدعى.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١٧٦.

٢- (٢) المصدرنفسه: الحديث ٣:١٧٦.

٣- (٣) مستدرك الوسائل: ١٧، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٤:٣٦٨.

....

الشَرح:

وقـد يقال بعدم الحاجه إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى باصـراره على سـكوته وعدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعى، ويسـتظهر ذلک من صـحيحه محمد بن مسـلم الوارده فى كيفيه احلاف الأخرس، حيث ورد فيها: «انّ علياً عليه السـلام كتب الحلف ثم غسـله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين»(۱)، وظاهر الصـحيحه أنّ أباعبداللّه عليه السلام فى مقام بيان كيفيه القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس ولم يكن للمدعى بيّنه، فقوله عليه السلام فى مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أنّ مع امتناع الخصم عن الحلف وردّه على المدعى يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجه إلى ردّ الحاكم اليمين.

وكـذا يسـتدلّ على ذلک بمعتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السـلام «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل شيئاً من ذلک فلاحق له فى الاعتراض بثبوت الدعوى.

وبالجمله: اصـرار المدعى عليه بسـكوته وعدم جوابه عن دعوى المدعى يكون امتناعاً عن الحلف وعن ردّه على المدعى فيحكم بثبوت الدعوى.

ولكن لا يخفى أنّ صـحيحه محمـد بن مسـلم فى مقام بيان كيفيه احلاف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعى بينه و كان الأخرس منكراً، أمّا أنّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المـدعى من قبل الحاكم أو من قبله فليسـت فى مقام بيان ذلک، كمايظهر ذلک بملاحظه السؤال فى صدرها.

وأمّا معتبره عبيد بن زراره فلم يظهر أنّ المراد من قوله عليه السلام : «فلا حق له» نفى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب۳۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۲۲۲.

....

الشَرح:

الحق للمـدعى له لو لم نقل بظهوره فى نفى الحق للرجل المـدعى كما سـئل عن حقّه مع عـدم البينه له بذلك الحق وذكر الإمام عليه السـلام أنّ له أن يسـتحلف المـدعى عليه فيحلف أو يرد المـدعى عليه اليمين على المدعى المزبورفيحلف هو، فإن لم يفعل أى لم يحلف المدعى بعد ردّ اليمين عليه فلاحق له، يعنى يسقط حقّه، فيكون موافقاً لما فى غيرها كصحيحه محمد بن مسلم عن أحـدهما عليهماالسـلام : «فى الرجل يدعى ولا بيّنه له؟ قال: يسـتحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(١) هذا اوّلاً.

وثانياً: سـلّمنا ظهورها فبأنّ امتناع المدعى عليه عن الحلف وعن ردّه على المدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلاله بالاطلاـق، حيث تقبـل التقييـد بـأنّه إذا لم يفعل وردّ الحاكم اليمين على المـدعى فحلف فلا حقّ له فى الاعتراض، كما أنّ دلاله صحيحه هشام عن أبى عبـداللّه عليه السـلام «تردّ اليمين على المدعى»(٢) مطلقه يـدل على أنّ القضـاء لايكون إلّا برد اليمين مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم وبعد سقوط الاطلاق من الجانبين يرجع إلى أصاله عدم نفوذ القضاء بلابينه ولايمين.

وربّمـا يستدل على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المـدعى فيما إذا كان المـدعى عليه منكراً و لم يحلف ولم يردّ اليمين فيكون ردّ الحـاكم مع سكوته أولى، ولكن لاـ يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع انكار المـدعى عليه ونكوله عن الحلف أو الرد أوّل الكلام وثانياً ما لايخفى فى دعوى الأولويّه.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدّعى عليه مع اصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١و٢:١٧٦.

....

الشَرح:

عليه والحاكم جائزاً، كما فى دعوى الأموال، وأمّا فيما لا يجوز للمـدعى عليه ردّ اليمين، كما فى دعوى الزوجيه ونحوها فالأجبار بالجواب متعين واللّه العالم.

وإذا أجاب المـدعى عليه بلاـ أدرى وأنّه جاهـل بالحال فقـد يقال: أنّه إذا لم يكـذبه المـدعى فى دعوى الجهل بالحال فليس له احلافه، وإلاّ أحلفه على عـدم العلم ويقال فى وجهه أنّه لا يمكن أن يستحلف على نفى الحق الواقعى؛ لأنّه يدعى الجهل بالحال وأنّه لا يتمكن من الحلف عليه لعـدم علمه، وهـذا فيما إذا صدّقه المدعى فى دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدّقه ولم يكذّبه فإنّه لا يجوزله احلافه أيضاً لعـدم كون المـدعى جازماً بعلمه بالحال، وقد تقدم اعتبار الجزم فى سـماع الدعوى نعم إذا كذّبه فى دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقّى فله حينئذ الحلافه على عدم علمه بالحال.

وقد يقال بأن المدعى فى الفرض بما أنّه جازم بحقّه على خصـمه فدعواه فى الحق عليه مسموعه، وبما أنّ حق المدّعى لا ينحصر فى خصوص استحلاف المـدعى عليه، بـل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لماتقـدم من أنّ الحق للمـدعى لاينحصر بمـا إذا كـان خصـمه منكراً، بـل على المـدعى عليـه أمّـا اليمين أو ردّهـا على المـدعى، والمـدعى عليه متمكن عن الردّ على المـدّعى وان لم يتمكن من الحلف مباشـره فيتعين عليه الرد أخـذاً بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين وعلى ذلك فلاتفيده دعوى الجهل بالحال سواء كـذّبه المـدعيأو صدّقه أو قال لا أصدّقه ولا أكذّبه لأنّ غايه تصديقه أنّه قد نسـى الدين عليه، وهذا لايوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزميه ماهو الفرض.

نعم إنّمـا يتم ذلـك فيمـا إذا كـانت الـدعوى حقاً مالياً يجوز على المـدعى عليه فيها ردّ اليمين على المـدعى، أمّا فى مثل دعوى الزوجيه فلاتسمع دعوى المدعى مع عدم

....

الشَرح:

البينه بـدعواه وتصديقه بأنّ المدعى عليه جاهل بالحال وأنّه نسـيه أو مع عدم تكذيبه فى جوابه بلا أدرى، حيث يعترف بأنّه ليس له حق الاسـتحلاف لعـدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادّعى عليه العلم بالحال يكون له اسـتحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

ويؤيّـِد ذلك ما فى ذيل روايه عبـدالرحمان بن أبى عبـداللّه المتقدمه فى حكم الدعوى على الميّت فإنّه قد ورد فيها: «فإن ادّعى بلا بيّنه فلاحق له لأنّ المـدعى عليه ليس بحىّ ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه»(١)، ومقتضى التعليل أنّ مع الدعوى على الحىّ لايخلو أمر المدعى عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

ودعوى أنّ مورد الاخبار الوارده فى ردّ اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففى مثل ذلك شرع ردّ اليمين على المدعى وأنّه كيف تكون دعوى المدعى مسـموعه مع عدم البينه بدعواه وتصديقه بأنّ خصـمه يعمل على طبق وظيفته الشرعيه من أصاله عـدم اشـتغال ذمته بشـىء لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الوارد فى تلك الأخبار يمين المدعى عليه واطلاقه يعم المنكر وغيره إلّا أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأنّ الآخر يعمل على وظيفته الشرعيه وهو كماترى.

نعم إذا أجـاب خصـمه بلاـ أدرى فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد فى الموارد التى ذكرنا عـدم جواز ردّ اليمين على المـدعى فيها، فلاتسـمع فيها الدعوى إلّا بالبينه أو اعتراف خصمه إلّا أن يدعى على خصمه، العلم بالحال، وفى الفرض يجب عليه الحلف على نفى علمه وإلّا يجبر على الاعتراف بحق المدعيأو على الحلف على نفى

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

ولو كـان به آفه من طرش أو خرس [١] توصّل إلى معرفه جوابه بالاشاره المفيـده لليقين ولو اسـتغلقت اشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكفِ الواحد وافتقر فى الشهاده باشارته إلى مترجمين عدلين.

الشَرح:

علمه، على ماتقدم فى امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعى بالسكوت.

لكن مع ذلك لايبعـد دعوى أنّ حق المدعى من المدعى عليه ينحصـر باحلافه، والرد على المدعى حق للمدعى عليه لا للمدعى وإذا اعترف المـدعى بـأنّ خصـمه لاـ يـدرى أو قال لا أدرى أنّه عالم بحقّيأم لا فهـذا اعتراف منه بعـدم حق له فى الاسـتحلاف، فلاموجب للرد على المدعى فى الفرض، واللّه العالم.

[١] يعنى لو كان للمدعى عليه طرش لايسـمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلّم، توصّل إلى معرفه جوابه باشارته التى تفيد اليقين بمراده من الإقرار والإنكار، ولو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيـج إلى مترجم فلابـدّ من مترجمين عـدلين؛ لأنّ ترجمتهما شهاده بجواب الخصم.

أقول: الترجمه ليست شـهاده ولـذا تسـمع ترجمه شـهاده الشاهدين فى حقوق اللّه ولو كانت شـهاده لم تقبل لعدم اعتبار الشـهاده بالشـهاده فى حقوق اللّه، بـل إنّها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبره ذلك، ويكفى فيه الوثاقه فلايعتبر فيه العداله فضلاً عن التعدد. ولعلّ ما ذكر فى الجواهر من أنّ الترجمه من قرينه الظن بالمراد لا الشهاده راجع إلى ما ذكرنا.

اسـتدراك: بقى ممّا يقول المـدعى عليه فى الجواب أمر، وهو أنّه إذا أجاب المدعى عليه بأنّ المال للغير، يعنى لفلان ولو صدّقه الغير اعترافه وقال نعم المال لى يكون المقرّ له خصماً للمدعى، فإن أقام بينه بأنّ المال له أخذ المال سواء أكان بيده أم بيد المقرّ وليس للمدعى بعد أخذه المال دعوى على المقرّ، حيث إنّه قد أخذ ماله، أمّا إذا لم يكن

مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب:

الأُولى: يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً[١] مسافراً كان وحاضراً، وقيل يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

الشَرح:

له بيّنه فإن حلف المقرّ له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقر له كما يسقط دعواه مطلقاً إذا ردّ المقر له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف؛ لأنّ عدم حلفه اسقاط لحقه فى دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقر مورد.

ويجوز له الدعوى على المقر فيما إذا حلف المقرّ له على نفى دعواه، كما أنّه يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنّه قد دفع ماله إلى الغير أو اتلفه عليه باقراره بأنّ العين للآخر ولو حلف المقر على أنّه لم يدفع ماله إلى الغير وانه لم يتلف عليه المال باقراره فهو وإلاّ فيرد اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعى بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعى ماله باقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر فى اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أدرى أنّه ليأم لا ينحصر خصم المدعى على المقرّ.

فإن كان للمدعى بينه أخذ بدل العين من المقرّ لاتلافه العين على المدعى باقراره بأنّ العين للغير، وكذا إذا لم تكن بينه ولم يحلف المقر على عدم كون العين له وأنّه لم يتلف عليه ماله باقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] الوارد فى جواز القضاء هو عنوان الغائب لاعنوان المسافر ليدعى انصرافه إلى مايكون السفر شرعياً، بل لايبعد صدقه على الحاضر فى البلد إذا تم اعلامه بالحضور بالمرافعه وأخفى نفسه وامتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفاً. أمّا إذا

....

الشَرح:

لم يتم الاعلام ولم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر اطلاق كلمات جمله من الأصحاب جواز الحكم عليه، ولكن فى جواز القضاء عليه تأمّلاً، ومثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذّر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث إنّ تعذر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب، خصوصاً فيماكان متمكناً على التوكيل فى المرافعه.

ثمّ إنّ ظاهر القضاء هو فصل الخصومه فلايعم موارد الحكم بثبوت موجب الحدّ كالزنا واللواط وغيرهما ممّا يترتب على مرتكبه الحدّ، فلاحاجه فى الحكم بعدم مشروعيه القضاء فى حدود اللّه سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهه(۱) أو بغيره كما لا يخفى.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التغريم والحد كدعوى السرقه فبالحكم على الغائب بسرقه المال يثبت الموضوع لاجراء الحدّ أيضاً، حيث إنّه لادليل على أنّ القضاء بثبوت موجب الحدّ يحتاج إلى حضوره من يجرى عليه الحد.

ويمكن دفعه بأنّ الدليل على اعتبار الحضور هو أنّ للشخص أن يبطل الحجّه التى هى مستند ثبوت موجب الحد، وبما أنّ المعلوم من مذاق الشعر أنّ بناء الحدود على التخفيف والممانعه عن ثبوت موجبه مهما كان سبيل لها، كمايظهر ذلك من الروايات الوارده فى ثبوت الزنا بالاقرار بأربع مرات(۲)، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحداد أو يوكّل شخصاً فى اجراء الحدّ على الغائب الذى لم يحضر مجلس ثبوت الحدّ، مع احتماله أنّ عنده مايوجب بطلان الحجّه المزبوره ولامانع عن تفكيك ثبوت التغريم عن ثبوت الحد إذا كان الثبوت تعبّدياً.

ص :۱۸۸

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۴:۳۳۶.

۲- (۲) المصدر نفسه:الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵ و۶:۳۲۸.

الثانيه: يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون والعقود، ولا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا واللواط لأنّها مبنيّه على التخفيف، ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بمايختص الناس، كالسرقه يقضى بالغرم وفى القضاء بالقطع تردد.

الثالثه: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولابينه، ففى الإلزام تردد [١] بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والغاء دعواه لأنّ التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأوّل أشبه.

الشَرح:

[١] إذا كان صاحب الحق غائباً وطالب وكيله الغريم بحق موكّله، وادعى الغريم أنّه قد أدى المال لموكّله أو أنّ موكّله قد ابرأه ولم يكن لدعواه بينه فهل للوكيل الزام الغريم بالاداء أو ليس له الزامه به؟

فقد يقال: أنّه لا يحكم على الغريم بلزوم الاداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو البينه لاحتمال ادائه أو ابراء موكّله.

وقد يقال: إنّه لو لم يحكم بلزوم الاداء لم يكن مطالبه الحق بالوكلاء ولا يفيد دعوى الغريم بلا بيّنه بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام البينه به وذكر أصحاب هذا القول بأنّه ليس للغريم احلاف الوكيل على عدم الاداء إلى موكّله أو عدم ابرائه؛ لأنّ دعوى الاداء أو الابراء متوجّه إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله. نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالاداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: فى النفس ممّا ذكر من الزام الغريم بالاداء شيء، فإنّ حكم الحاكم بالاشتغال فعلاً، وأنّ الغريم ملزم بالاداء لايستند إلى البينه القائمه بثبوت أصل الدين ولاباقرار الغريم بثبوته سابقاً، حيث لا مخاصمه فى الثبوت سابقاً، بل يستند إلى الاستصحاب، والاستصحاب غير داخل فى مدرك القضاء، إلاّ أن يقال أنّ مع اعتراف الغريم بالوكاله للوكيل عن موكّله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالاداء أو الابراء

عدم جواز الاحلاف بغير اللّه

المقصد الرابع: فى كيفيه الاستحلاف والبحث فيأُمور ثلاثه:

الأوّل: فى اليمين: ولايستحلف أحد إلاّ باللّه ولو كان كافراً[١].

الشَرح:

اعترافاً بأنّه يعمل بوظيفته الوكاليه شرعاً، فيلزم بالاداء مع عدم البينه له، كما هو الحال فى دعواه ابراء الموكّل أيضاً.

[١] البحث فى كيفيه الاستحلاف ومايترتب على اليمين يقع فيأُمور:

الأوّل فى اليمين ومايحلف به، الثانى: فى يمين المنكر والمدعى، والثالث: فى اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأوّل: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّه لا يصحّ الحلف ولا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى والحق أو ثبوته بغير اللّه سبحانه كالنبى صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام والمشاهد المشرفه والكتب المنزله وغير ذلك ممّا له حرمه، وظاهرهم عدم تعيّن لفظ الجلاله، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

وفى صحيحه محمد بن مسلم قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : قول اللّه عزّوجلّ: «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى»(١) و«وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى»(٢) وما أشبه ذلك فقال: إنّ للّه عزّوجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به»(٣)، ونحوها صحيحه على بن مهزيار(۴)، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى كتاب علىّ أنّ نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به وقال: هذا لمن تقم له بينه»(۵) وقريب منها غيرها.

١- (١) الليل :١.

٢- (٢) النجم: ١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١ و ٣: ١٩١.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١و٢:١٧٩.

وقیل: لا یقتصر فی المجوسی علی لفظ الجلاله بل یُضمّ إلی هذه اللفظه الشریفه ما یزیل الاحتمال لأنّه یسمّی النور الهاً[۱]، ولا یجوز الإحلاف بغیر أسماء اللّه (سبحانه) الشَرح:

ومقتضی مثل هذه الروایات جوازالحلف بکل اسم اللّه (سبحانه)، بل مقتضاها عدم اعتبار العربیه، وأنّه یصحّ الحلف بکل اسم یرادف اسمه (سبحانه) من سائر اللغات، خصوصاً بملاحظه ما فی کتاب علی علیه السلام من شکایه نبی من الانبیاء والوحی إلیه حیث لم یقیّد فیها بکون النبی عربیّاً ولهذا یکون دعوی انصراف اسم اللّه إلی لفظ الجلاله بلاموجب.

وأیضاً لا یبعد جواز الحلف بکل دالّ علیه سبحانه کقوله: والذیأنزل المطر وأنبت الأرض لصدق الحلف باللّه (سبحانه) علیه، بل یصدق أنّه حلف باسمه سبحانه؛ لأنّ المراد بالاسم لیس العلم الشخصی، فإنّ اسماء اللّه (سبحانه) لیس کلّها من قبیل العلم الشخصی.

ثمّ إنّ المراد بعدم صحّه الحلف بغیر اللّه (سبحانه) عدم جواز ترتب القضاء وغیره من وجوب الوفاء به وترتب الکفاره علی حنثه، أمّا الحلف المعاملی بأن یصالح ما یدعیه من الحق بحلف غریمه بغیراللّه (سبحانه) من سائر المحترمات فلا بأس به، کما إذا قال لمدعی الاداء أصالح دینی بأن تحلف لی بالاداء بصاحب رایه الحسین، أخذاً بما دل علی نفوذ الصلح ونفوذه.

نعم إذا کان الحلف بشیء أمراً محرّماً علی ما قیل فی الحلف بالطلاق والعتاق وبالبراءه فلا یجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد علی الفرض المزبور، کما إذا صالح حقّه علی الآخر بشربه الخمر.

[۱] قال الشیخ فی المبسوط أنّه یطلب فی استحلاف المجوسیأن یضیف إلی لفظ الجلاله أمراً لینحصر مدلوله باللّه (سبحانه) واللّه الذیخلق النور والظلمه أو باللّه

كالكتب المنزله والرسل المعظمه والأماكن المشرفه ولو رأى الحاكم احلاف الذمىّ بما يقتضيه دينه أردع، جاز.

الشَرح:

الذى خلق كل شيء، ووجه الإضافه أنّ المجوسى يرى النور إلهاً، فلعل فى حلفه أراد النور فلايكون حالفاً باللّه (سبحانه).

وناقش فى الجواهر بما حاصله: أنّ اضافه خالق النور أو كل شيء إلى لفظ الجلاله لا تقتضى أن يريد المجوسيالحالف ذاته المقدسه مع أن المعتبر فى الحلف اراده المحلّف لا ـ الحالف، ولو طلب الحاكم الحلف باللّه (سبحانه) وعلمنا أنّ الحالف يريد بلفظ الجلاله غير ذاته المقدسه فلايضر فى القضاء والحكم، والحاصل أنّ الاطلاق فى الروايات الوارده فى الحلف باللّه مقتضاها عدم اعتبارالزياده والاضافه.

أقول: مقتضى الاطلاق وإن كان ما ذكره فيما إذا احتمل اجابه المجوسيأو غيره بالحلف الذيطلبه الحاكم، أمّا إذا علم خلافه وأنّه أراد غيره فلايكفى فى القضاء لعدم صدق الحلف باللّه عزّوجلّ عليه.

ودعوى أنّ الحلف يتبع اراده المحلّف دون الحالف لا ـ يمكن المساعده عليها؛ لأن حلف باللّه سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلك صحيحه صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير»(١)، فإنّها وإن كانت ناظره إلى قصد الحالف فى المحلوف عليه إلاّ أنّه لا يحتمل الفرق بينه وبين المحلوف به. ونحوها صحيحه اسماعيل بن سعد الأشعرى.(١)

نعم فى روايه الصدوق اليمين على الضمير يعنى ضمير المظلوم(٣)، لكن هذه

١- (٢) الفقيه:٣/٣٣٣، ح ٣٠.

....

الشَرح:

لا تكون قرینه علی رفع الید عن ظهورالصحیحتین لاحتمال کون التفسیر من الصدوق قدس سره مع ضعف سندها؛ لأنّ سنده إلی اسماعیل بن سعد الأشعری مجهول.

وبالجمله: ظاهر الأصحاب، بل المصرح به فی کلام الأکثر عدم الفرق فی القضاء بالحلف باللّه بین الحالف المسلم والکافر بأقسامه.

وتشهد لذلک جمله من الروایات کصحیحه سلیمان بن خالد عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «لا یحلف الرجل الیهودی ولا النصرانی ولا المجوسی بغیر اللّه إنّ اللّه عزّوجلّ یقول: «فَاحْکُم بَیْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ»(۱)»(۲)، وصحیحه الحلبی قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن أهل الملل یستحلفون فقال: لاتحلفوهم إلاّ باللّه عزّوجلّ»(۳)، وموثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته هل یصلح لأحد أن یحلّف أحداً من الیهود والنصاری والمجوس بآلهتهم؟ قال: لا یصلح لأحد أن یحلف أحداً إلاّ باللّه عزّوجلّ»(۴) واطلاق هذه یعمّ غیر الطوائف الثلاثه أیضاً.

لکن فی مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأدیان بمایعتقدون، وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ أمیرالمؤمنین علیه السلام استحلف یهودیاً بالتوراه التیأُنزلت علی موسی علیه السلام ».(۵)

وربّما یقال إنّها فی واقعه خاصه، ویحتمل اختصاصه بالإمام علیه السلام ، أو أنّ المراد أنّه علیه السلام استحلفه بمنزل التوراه علی موسی علیه السلام ، أو أنّ استحلاف المزبور وقع تغلیظاً بأن استحلفه به زیاده علی الحلف باللّه، لکن کل ذلک کماتری، وفی صحیحه محمد بن

ص :۱۹۳

۱- (۱) المائده: ۴۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأیمان، الحدیث ۱ و ۳ و ۵ : ۱۹۶.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحدیث ۴:۱۹۸.

....

الشَرح:

مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «سألته عن الأحكام فقال: فی كل دين مايستحلفون به»(۱)، وفی صحيحه محمد بن قيس قال: «سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: قضی علی عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته».(۲)

ولهذا ذكر جماعه منهم الماتن قدس سره أنّه لو رأی الحاكم أنّ احلاف الذمّی بما يقتضيه دينه أردع جاز بلافرق بين أن يكون المترافعان ذمّيين أو تكون المرافعه بين المسلم والذمی.

لا يقال: كيف يجوزالقضاء بحلفهم بمايعتقدون وإن كان حلفهم به أردع مع انّ الطائفه الأولی تدل علی عدم جواز احلاف أحد بغير أسماءاللّه (سبحانه).

فإنّه يقال: لا معارضه بين الطائفتين، فإنّ الطائفه الثانيه أخص بالاضافه إلی الأُولی، حيث إنّ الطائفه الأُولی تمنع عن احلافهم بغير اللّه عزّوجلّ، سواء أكان بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم أم بغيره، والثانيه أی المجوّزه تختص بمايعتقدون به من كتابهم ودينهم فيرفع اليد عن اطلاق الأُولی بالثانيه، وعلی تقدير الاغماض فالطائفه الثانيه كالنص فی جواز احلافهم بكتابهم ودينهم، وظاهرالأُولی المنع فيرفع اليد عن ظهورالمنع بثبوت بالترخيص فی الحلف بمايعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولويه اختيار الاستحلاف باللّه عزّوجلّ، وعلی تقدير المعارضه فلا ترجيح للأُولی علی الثانيه، فيرجع بعد تساقطهما إلی الاطلاق فی قوله صلی الله عليه و آله : «إنّما أقضی بينكم بالبينات والأيمان».(۳)

اللّهمّ إلاّ أن يقال: أنّ المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لابحسب أنواع

ص: ۱۹۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۴و۷ و۱۹۸:۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۶۹:۱.

....

الشَرح:

الحلف كما هو الحال فى البينات. وظاهر صحيحه سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الاطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، إلاّ أنّك قد عرفت أنّه لاتصل النوبه إلى المعارضه، فالأظهر جواز حلفهم بمايعتقدون من كتابهم ودينهم بلافرق بين كونه أردع أم لا، إلاّ أنّ الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم اللّه سبحانه واللّه العالم.

بقى فى المقام أمران:

الأوّل: قد يقال إنّ احلاف الكافر باللّه (سبحانه) أو بما يعتقد على كراهيه أو بدونها فيما إذا كان ذمياً، أمّا الحربى سواء أكان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرك والالحاد فلاتسمع دعواه على المسلم، ولاتحتاج دعوى المسلم عليه إلى البينه لتصل النوبه مع عدمها إلى حلف الحربى، وذلك فإنّه لا ـ حرمه للكافر الحربى والمشرك والملحد نفساً وعرضاً ومالاً ـ والقضاء وفصل الخصومه لإيصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لاحلاف الحربيأصلاً.

نعم إذا لم يتمكن المسلم فى مورد التخلص من الحربى إلاّ بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صوره القضاء والاستحلاف وسيله للانقاذ أو التخلّص منه لا للقضاء الشرعى، وعليه فيجوزالانقاذ والتخلص بكل وسيله مشروعه ومنها احلافه بمايعتقد. ودعوى أنّ الملحد والمشرك ربّما يكون معاهداً فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ غايه المعاهده ثبوت الحكم التكليفى يعنى عدم جواز التعرض عليه نفساً وعرضاً ومالاً أيضاً، ولا يوجب ثبوت الحكم الوضعى يعنى الضمان.

الثانى: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير اللّه (سبحانه) تكليفاً من غير فرق بين مقام القضاء وغيره وأنّه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء وكفاره الحنث،

....

الشَرح:

بل لا تجوز المصالحه بالحلف بغيراللّه لحرمته.

ويستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحه على بن مهزيارقال: «قلت لأبى جعفرالثانى عليه السلام :جعلت فداك فى قول اللّه عزّوجلّ:«وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى» وقوله عزّوجلّ: «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى» وماأشبه هذا؟

فقال: إنّ للّه عزّوجلّ يقسم من خلقه بماشاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به عزّ وجلّ»(١)، ونحوها صحيحه محمد بن مسلم(١)، وفى روايه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبى صلى الله عليه و آله فى حديث المناهى: «أنّه نهى أن يحلف الرجل بغير اللّه، وقال: من حلف بغير اللّه فليس من اللّه فى شىء، ونهى أن يحلف الرجل بسوره من كتاب اللّه عزّوجلّ وقال: من حلف بسوره من كتاب اللّه فعليه بكل آيه منها كفاره يمين فمن شاء برّ ومن شاء فجر، ونهى أن يقول الرجل للرجل لاوحياتك وحياه فلان»(٣)، وعن غوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه و آله : «من حلف بغير اللّه أشرك، وفيآخر: فقد كفر». (۴)

وظاهرعباره الماتن يعطى عدم الجواز، وعن الدروس والروضه وفى تحريمه أى الحلف بغير اللّه فى غير الدعوى نظر من الخبر والحمل على الكراهه، وأمّا الحلف بالطلاق والعتاق والبراءه فحرام قطعاً.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غايته لجريان السيره القطعيه من المتشرعه الحلف بسائر المحترمات ولوكان هذا أمراً محرماً لكانت حرمته من المسلمات، وفى صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام جعلت

١- (٢) المستدرك: ١۶، الباب ٢۴، من أبواب الأيمان، الحديث ٣:۶۵.

ویستحب للحاکم تقدیم العظه علی الیمین[۱] والتخویف من عاقبتها، ویکفی أن یقول: قل: واللّه ماله قبلی حق، وقد یغلّظ الیمین بالقول والزمان والمکان، لکن ذلک غیر لازم ولو التمسه المدعی بل هو مستحب استظهاراً فی الحکم.

الشَرح:

فداک قد عرفت انقطاعی إلی أبیک ثم إلیک ثم حلفت له وحق رسول اللّه صلی الله علیه و آله وحق فلان وفلان حتی انتهیت إلیه أنه لا یخرج ماتخبرنی به إلی أحد من الناس وسألته عن أبیه أحی هو أم میت؟ فقال: قد واللّه مات إلی أن قال: قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم».(۱)

ولو کان الحلف بغیر اللّه محرماً لمنع الإمام علیه السلام الحلف بحق رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسائر الأئمه، بل کان المناسب لصفوان أن یذکر له حرمه هذا الحلف، وفی معتبره مروک بن عبید عن محمّد بن یزید الطبریقال: «کنت قائماً علی رأس الرضا علیه السلام بخراسان إلی أن قال: فقال: بلغنیأنّ الناس یقولون إنّا نزعم أنّ الناس عبید لنا، وقرابتی من رسول اللّه صلی الله علیه و آله ماقلته قط ولا سمعت أحداً من آبائی ولکنی أقول: ان الناس عبید لنا فی الطاعه موالٍ لنا فی الدین».(۲)

والمتحصل: أنّ ما ورد فی صحیحه علی بن مهزیار وغیرها یکون المراد منه أنّ مایترتب علی حلف العباد من حرمه الحنث وقطع المخاصمه به لا یترتب علی غیر الحلف باللّه أو علی استحباب اختیار الحلف باللّه فی مقام الحاجه إلی الحلف أو تعینه، کما فی الحلف الذی یترتب علیه القضاء.

[۱] یستحب للحاکم أن یقدم علی الیمین وعظ من علیه الیمین بکراهه الیمین الصادقه، ولو بدعوه المتخاصمین إلی المصالحه والتخویف من الیمین الکاذبه ومنع جحد حق الناس علیه والتعدی علیهم بما فی الآیات والروایات نظیر قوله سبحانه:

۱- (۱) الوسائل: ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأیمان، الحدیث ۶و۷: ۱۹۳.

....

الشَرح:

«وَلاَ تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لأَيْمَانِكُمْ»(۱)، وما فى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من أجلّ اللّه أن يحلف به أعطاه اللّه خيراً ممّا ذهب منه»، وما فى صحيحه محمد بن يحيى الخزاز قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تحلفوا باللّه صادقين ولا كاذبين»(۲)، وما فى صحيحه أبى عبيده الحذاء وغيرها من «أنّ اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها»(۳) أى خاليه من أهلها و «إنّ الحلف باللّه كاذباً مبارزه للّه سبحانه»(۴)وغير ذلك.

حيث إنّ مقتضى قوله سبحانه:«وَذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرَى تَنفَعُ الْمُؤْمِنِينَ»(۵)، وما دلّ على الاحتياط فى حقوق الناس هو استحباب العظه والتخويف ممّا يترتب على اليمين كاذباً.

وممّا ذكر يظهر وجه استحباب التغليظ فى اليمين قولاً وزماناً ومكاناً، و وجه الظهور أنّ المراد بالتغليظ طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظه فى اليمين فانّ هذا التغليظ نوع احتياط فى ايصال الحقوق إلى ذويها وقد شرع القضاء لغايه فصل الخصومه والتمكين على وصول ذى الحق إلى حقه.

ولا يبعد استفاده التغليظ قولاً ممّا ورد فى احلاف الأخرس(۶)، وما روى فى قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام : «انّ علياً عليه السلام كان يستحلف النصارى واليهود فى بيعتهم وكنائسهم والمجوس فى بيوت

۱- (۱) البقره :۲۲۴.

۲- (۲) الوسائل:ج ۱۶، الباب ۴ من أبواب الأيمان، الحديث ۱:۱۴۴.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۱۴۵.

۴- (۴) الذاريات: ۵۵.

۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۲۲۲.

عدم جواز الاجبار على التغليظ

فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: قل: واللّه الـذى لا إله إلاّ هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المُـدرك المُهلك، الذى يعلم من السرّ مايعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى علىّ شىء ممّا ادعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم.

وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكله من الأماكن المعظّمه.

وبالزمان كيوم الجمعه والعيد وغيرهما من الأوقات المكرّمه.

ويغلّظ على الكـافر بالأمـاكن التى يعتقـد شـرفها والأزمـان التى يرى حرمتها، ويسـتحب التغليظ فى الحقوق كلّها وإن قلّت، عـدا المال فإنّه لايغلّظ فيه بمادون نصاب القطع.

فرعان:

الأوّل: لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر ولم يتحقق بامتناعه نكول [١].

الشَرح:

نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسـلمين»(١) ولعـلّ فى قوله سـبحانه: «تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْـدِ الصَّلاَةِ» إشاره إلى التغليظ من حيث الزمان، والمكان وقد ورد أيضاً التغليظ فى الدعوى على الميت.

وبـالجمله: فـالمنسوب إلى المشهوراسـتحباب التغليـظ فى اليمين وانّه ثـابت فى جميع الحقوق عـدا المـال فـإنّه لاتغليظ فيما دون نصاب القطع من المال.

ويستدل على الاستثناء بروايه محمد بن مسلم وزراره عنهما عليهماالسلام جميعاً قالا: «لايحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله على أقل ممّايجب فيه القطع»(٢)، ولكن الدلاله مبتنيه على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلك ضعف سندها.

[١] المشـهور ان اسـتحباب التغليـظ للحـاكم بـأن يطلب ممّن عليه اليمين المغلظه وأمّـا الحـالف فلاـ اسـتحباب فى حقّه بـل يكره التغليظ منه، كمايكره الحلف وعليه فلو

١- (١) المصدرنفسه: الباب ٢٩ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٢:٢١٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:٢١٩.

....

الشَرح:

امتنع الحالف عن تغليظ يمينه وحلف بـدونه لا يكون ناكلًا بل على الحاكم القضاء فى الواقعه بـذلك الحلف و ذلك أخـذاً بما دلّ على نفـوذ القضـاء بالبيّنـات والأيمـان بعـد رفـع اليـد عن اطلاقه بالاضـافه إلى الحلف بغير اللّه سبحانه والحلف بغير مطـالبه المدعى.

وفى صـحيحه أبى حمزه عن على بن الحسين عليهماالسلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله لاتحلفوا إلّا باللّه ومن حلف بـاللّه فليصـدق ومن لم يصـدق فليس من اللّه ومن حلف له باللّه فليرض ومن حلف له باللّه فلم يرض فليس من اللّه عزّوجلّ»(١) فإنّ إطلاقها يعمّ صوره طلب اليمين المغلظه.

وبالجمله: الثابت من الروايات أنّ ما على المـدعى عليه مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه اليمين على نفى الدعوى وإنّ للمدعى أن يطلبها من خصـمه وأمّا كون اليمين المغلظه حقّاً له فلم يثبت ذلك، نعم قـد يناقش بأنّه لايجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الاجابه على من عليه اليمين.

ويؤيد وجوب الاجابه بما ورد فى استحلاف الأخرس وبما ورد فى اليمين الاستظهارى لظهورهما فى كون ترك اليمين المغلظه نكولاً ـ ومسقطاً للـدعوى على الميت، حيث ورد فى روايه عبـدالرحمان بن أبى عبـداللّه المتقـدّمه الوارده فى دعوى الـدين على الميت بعـد اقـامه البينه به: «فعلى المـدعى اليمين بـاللّه الـذى لا ـ إله إلاّ ـ هو لقـد مـات فلان وانّ حقه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحق له».(٢)

أقول: امكـان التفكيـك بين الاسـتحباب للحاكم وعـدم وجوب الاجابه على من عليه يمين ظاهر، بل لايبعـد القول بعـدم وجوب الاجابه بالتغليظ زماناً أو مكاناً، و إن قيل

١- (١) الوسائل: ١۶، الباب ۶ من أبواب الأيمان.

٢- (٢) الوسائل، ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٢.

الثانی: لو حلف لا یجیب إلی التغلیظ فالتمس خصمه لم ینحل یمینه [۱].

الشَرح:

بوجوب الاجابه فیهما، فإنّ عدم وجوب الاجابه مقتضی الاطلاق المتقدم وکون التغلیظ استظهاراً یناسب عدم وجوب الاجابه فإنّ من علیه الیمین اقدامه علی الیمین المغلّظه مع علمه بعدم وجوب التغلیظ علیه یناسب صدقه فی عدم ثبوت الحق علیه أو ثبوت مایحلف علیه من الحق.

وما ورد فی الدعوی علی المیت ظاهره أنّه یتعین علی الحاکم المطالبه بالحلف بنحو التغلیظ وأنّه لا یکون مجرّد الحلف باللّه مدرکاً لقضائه، لا أنّ الحاکم إذا طلب الحلف المغلظ یکون علیه ذلک الحلف، کما هو المدعی، مع أنّه قد تقدمت المناقشه فی سندها، أمّا ما ورد فی حلف الأخرس فإنّها واقعه خاصه ولعلّه علیه السلام قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلّظ.

وبالجمله فإن لم یطلب المدعی الحلف من المدعی علیه حتی صار زمان یری حرمته أو دخل فی مکان کذلک فوجوب الاجابه علی المدعی علیه بما أنّه اجابه علی الاستحلاف ولا بأس به إذا اجتمعت فی الزمان المزبور أو المکان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أمّا إذا طلب فی مجلس الحکم أن یحلف فی ذلک المکان أو ذلک الزمان فلایجب علیه الاجابه إلّا علی نفس الحلف.

[۱] ذکر قدس سره أنّ التغلیظ وإن کان یستحب للحاکم إلّا فیماتقدم فی المال الأقل من نصاب القطع إلّا أنّه مکروه بالاضافه إلی الحالف بحیث لاینحلّ یمینه فیما إذا حلف علی ترک التغلیظ فی حلفه فإنّ الحلف علی شیء إنّما ینحل فیما إذا صار المحلوف علیه مرجوحاً فی زمان العمل وترک التغلیظ لا یصیر مرجوحاً ولو مع استدعاء المدعی أو طلب الحاکم.

لا یقال: علی ذلک لو حلف علی ترک الحلف واتفق المرافعه بینه وبین غریمه

....

الشَرح:

و وصلت النوبه إلى طلب الحلف منه فاللازم أن يردّ اليمين على خصمه لعدم انحلال حلفه.

فإنّه يقال: بانحلال حلفه فى الفرض والانحلال واضح فى موارد عدم جواز ردّ اليمين على المدعى لعدم كون الدعوى فى المال بل فى مورد دعوى المال عليه أيضاً انحلاله مقتضى نفى الضرر بخلاف الحلف على ترك التغليظ.

اللّهم إلاّ أن يقال: إنّه لم تثبت كراهه التغليظ فى فرض الحلف، إنّما الثابت كراهه الحلف وإنّ المطلوب تركه اجلالاً للّه سبحانه ولو بتحمل الضرر كما هو المستفاد ممّا تقدم كمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله :من أجلّ اللّه سبحانه أن يحلف به أعطاه اللّه خيراً ممّا ذهب منه»(١)، وفى موثقه أبيأيوب الخزازقال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تحلفوا صادقين ولا كاذبين فإنّه عزّوجلّ يقول: «وَلَا تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَهً لأَيْمَانِكُمْ»(٢)»(٣)، إلى غير ذلك.

وعليه فلو حلف على ترك اليمين المغلظه بأن لا يحلف باللّه سبحانه مغلظاً ينعقد الحلف فإنّه من الحلف على ترك المكروه، وان حلف أنّه إذا حلف باللّه سبحانه فى مورد فلايجعله مغلظاً فصحّه هذا الحلف مبينه على كون ترك التغليظ مع فرض الحلف اجلالاً للّه سبحانه أيضاً ولا يخلوا عن تأمّل.

و دعوى أنّ التغليظ مع طلب الحاكم ولو بالتماس المدعى اجابه للمؤمن والاجابه له مستحب لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لم يثبت استحباب اجابه المؤمن

ص :٢٠٢

١- (١) الوسائل، ١۶، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٣:١۴٠.

٢- (٢) البقره: ٢٢۴.

٣- (٣) الوسائل، ١۶، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ۵: ١۴٠.

استحلاف الأخرس والمرأه

وحَلف الأخرس بالاشاره [۱] وقيل توضع يده على اسم اللّه فى المصحف أو يكتب اسم اللّه سبحانه وتوضع يده عليه.

وقيل يكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق استناداً إلى حكم عليّ عليه السلام فى واقعه الأخرس.

الشَرح:

فى ترك المستحب وفعل المكروه كما لو دعاه مؤمن والتمس منه ترك صلاه الليل ونحوها، نعم ورد ذلك فيمن صام ندباً و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

[۱] المشهور عند الأصحاب أنّ حلف الأخرس بالإشاره المفهمه كغيره من انشاءاته وقراءته فى الصلاه وتلبيته وغير ذلك، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ عليّاً عليه السلام قال:تلبيه الأخرس وتشهده وقراءه القرآن فى الصلاه تحريك لسانه واشارته باصبعه»(۱)وظاهرها اعتبار تحريك اللسان، مع أنّه لم يرد فيها ذكر غير التلبيه والصلاه وقراءه القرآن، فيكون التعدى إلى مثل الحلف لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

ويشكل الوثوق فضلاً عن عدم احتمال الفرق بملاحظه صحيحه محمد بن مسلم الوارده فى حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه الدين وأنكر وليس للمدعى بينه، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام : الحمدللّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بيّنت للأمّه جميع ماتحتاج إليه إلى أن قال: كتب الحلف وغسله ثم أمره بشربه»(۲) ولذا نسب الماتن قدس سره الحلف كذلك إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتباروضع الأخرس اصبعه على اسم اللّه فى المصحف أو غيره، ولعلّ الوضع كذلك محقق للاشاره إلى الحلف باصبعه.

ص :۲۰۳

۱- (۱) المصدر نفسه: ۹: الباب ۳۹، من أبواب الاحرام، الحديث ۱: ۳۹.

۲- (۲) الوسائل،ج ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۲۲۲.

ولا يستحلف الحاكم أحداً إلّا فى مجلس قضائه[١] إلّا مع العذر كالمرض المانع وشبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلّفه فى منزله وكذا المرأه التيلا عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعه بأحد الأعذار.

الشَرح:

والمتحصل: أنّ المستفاد من الصحيحه أنّ استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها ومقتضى الجمع بينها وبين المعتبره أنّ ما ورد فى الصحيحه داخل فى اشاره الأخرس ولو حكماً، وحيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعين ما ورد فى استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الاشاره إليه، واللّه سبحانه هوالعالم.

[١] الظاهر عندهم أنّه يعتبر صدور الحلف ممّن عليه اليمين عند الحاكم فى مجلس قضائه بطلب من الحاكم فلايجوز للحاكم أن يوكّل شخصاً آخر فى استحلافه، ويستدل على ذلك بأصاله عدم انقطاع الخصومه ونفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو اطلاق يقتضى نفوذ الحكم مع التوكيل فى الاستحلاف، بل ظاهر صحيحه سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالمباشره حيث ورد فيها: «أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به».(١)

ولكن لا يخفى أنّه لو كانت المباشره فى الطلب والحلف فى مجلس القضاء معتبره لما كان فرق بين صورتى الاختيار والعذر، حيث إنّه لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم فى نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين وجعل منزله مجلس قضائه فى الواقعه، ومع عدم امكان ذلك ليوقف الحكم فى الواقعه كسائر موارد ايقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن وغيره بين الصورتين.

وبالجمله: مقتضى الأصل العملى المزبور أو مايدعى استظهاره من صحيحه

١- (١) الوسائل، ١٨، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١۶٧.

توجه اليمين على المنكر والمدعى

البحث الثانى: فى يمين المنكر والمدعى.

اليمين تتوجه على المنكر[١] تعويلاً على الخبر وعلى المـدّعى مع الرد ومع الشاهـد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم ولايمين للمنكر مع بيّنه المدعيلانتفاء التهمه عنها ومع فقدها فالمنكر مستند إلى البرائه الأصليه فهو أولى باليمين.

الشَرح:

سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار والعذر.

ولكن الأظهر أنّه لا يعتبر فى الحلف أن يكون فى مجلس القضاء حتى فى حال الاختيار، فإنّ مقتضـى ما ورد فى مـدرك القضاء كونه بـالبينه من المـدعى ومع عـدم اقامتها بحلف المـدعى عليه، سواء أكان الحلف عنـد الحاكم أو عنـد وكيله فإن غايه ما ثبت اعتبـاره أن يكون الاحلاـف من الحـاكم بعـد مطـالبه المـدعى والطلب كمـا يكون بالمباشـره كـذلك يكون بالتسبيب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكّله.

والحاصل: أنّه لا يعتبر كون الاسـتحلاف فى مجلس القضاء بل لايبعـد أن يكون الأمر فى سـماع البينه كذلك بأن يوكل الحاكم شخصاً او أشخاصاً لسماع شهاده الشاهدين، فيكون حكمه بعد احرازه شهادتهما حكماً بالبينه.

[١] يتوجّه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلاخلاف يعرف أو ينقل لقوله صلى الله عليه و آله : «البيّنه على من ادّعى واليمين على مـن ادعى عليه»(١) كما فى صـحيحه جميل وهشام عن أبى عبـداللّه عليه السـلام ، وقوله عليه السـلام فى صـحيحه بريـد بن معاويه: «الحقوق كلّها البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه إلاّ فى الدم خاصّه»(١)، وفى صحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «إذا أقام المـدعى البينه فليس عليه يمين وإن لم يقم البينه فرد عليه الـذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له».(٣) ومثل هذه الأخيره تدلّ

١- (٢) المصدر نفسه :الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٦:١٧٧.

....

الشَرح:

على توجه اليمين على المـدعى مع ردّ المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ماتقدم. ويتوجه اليمين أيضاً على المدعى فى دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتى.

ويتوجّه على المـدعى وقبيلته فى دعواه القتـل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامه على ما يأتى فى بحث ثبوت دعوى القتل، وقـد علّل الماتن قـدس سره عـدم الحاجه إلى اليمين مع البيّنه للمـدعى بعدم التهمه فى البينه، وعلّل وصول النوبه مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءه الأصـليه، فيكون أولى بها، ولكن التعليل فى كلا الحكمين ضـعيف، فإنّ مع إقامه المدعى البينه بـدعواه يتمّ ملاك القضاء على ماتقـدم من الروايات المشار إليها، و قـد ذكر فيها أنّ المطلوب منه البينه: المدعى، وأنّ المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، وفى روايه منصور عن أبى عبداللّه عليه السلام ، حيث ورد فيها: «لأنّ اللّه عزّوجلّ إنّما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فإن كانت له بينه وإلاّ فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر اللّه عزّوجلّ».(۱)

والحاصل: أنّ مقتضـى الروايات أنّ مع البينه للمدعى يتم ملاك القضاء والشـبهه فى البيّنه توجب الفحص عن حال البينه لا ضـم يمين المـدعى ومع عـدم تمـام البيّنه تصـل النوبه إلى يمين المـدعى عليه سواء كـان المـدعى عليه قوله مطابقـاً لأصاله البرائه، أو غيرها من الأُمور المعتبره فى حق القاضى المزبور عدم علمه بالواقعه المرفوعه إليه.

أمّا ما فى روايه سلمه بن كهيل(۲) من احلاف المدّعى مع البينه له فلايمكن

۱- (۱) الوسائل، ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۴:۱۷۱.

۲- (۲) المصدرنفسه: الباب ۸ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۴:۱۷۸.

....

الشَرح:

الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً، ومع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقرينه ما دلّ على أنّ مع البينه يتم موضوع القضاء وانّ اليمين على المدعى عليه مع عدمها، ومع الإغماض عن ذلك أيضاً يكون الترجيح مع الروايات الداله على الاكتفاء فى القضاء ببينه المدعى؛ لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامه.

وبالجمله: ضم اليمين إلى البينه ثبت اعتباره فى الدعوى على الميت، وفى غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّه يعتبر فى الحلف كونه على نحو القطع والبتّ، وعليه فهل يجوزللحالف الحلف كذلك فيما كان مستنده أماره معتبره فى حقه أو أصل معتبر كذلك كقاعده اليد وأصاله الصحّه أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد فى الروايات عدم جواز الحلف على غيرالعلم؟

لا يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأماره أو الأصل العلم بالواقع، حيث إنّ الأماره أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ فى الموضوع للحكم بنحو الطريقيه وأمّا بناءً على أنّ المجعول والمستفاد من دليل الاعتبارجعل الحكم التكليفى الظاهرى الطريقيأو جعل المنجزيّه والمعذريّه فالحلف استناداً عليه مشكل؛ لعدم العلم بالمحلوف عليه.

ولعل قول الماتن بعدذلك: ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، مقتضى اعتباره وقوع الحلف فى الموارد المزبوره أيضاً على نحو البتّ، ولايكفى فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله فى المقام فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه يقرب من الصراحه فى ذلك، ولكنه كما ترى.

ص :٢٠٧

ومع توجهّها يلزمه الحلف على القطع مطّرداً[١] إلاّـ على نفى فعل الغير فإنّها على نفى العلم، فلو ادّعى على ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم. ولو ادّعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدّع عليه العلم فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم وكذا لو قيل قبض وكيلك.

الشَرح:

[١] ظاهره أنّ مع توجه اليمين على أحد الخصمين فى مرافعه فاللازم عليه أن يحلف على نحو القطع والبت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما فى اليمين المردوده إلى المدعى أو على نفيه، كما فى يمين المنكر، واستثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع مورداً واحداً، هو الحلف على نفى فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفى علمه به.

ولكن لا يخفى ما فى الاستثناء فإنّ المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلاتسمع الدعوى على الخصم إلاّ بالبينه، كما تقدم فى مسأله ما إذا أجاب المدعى عليه بأنّه لا أدرى، نعم لو ادعى على الخصم أنّه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر فعليه الحلف على نفى علمه، وهذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، ولا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعى بعد ذلك بينه على ذلك الفعل على ماتقدم.

وعلى ذلك فلا يتوجه فى مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، ومع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به الثانى، وهو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفاً على القطع والبت.

وبالجمله: فمع توجه الحلف يكون الحلف فى كل مورد على نحو القطع والبت بلااستثناء، ولاـ يتوجه الحلف فى مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلاً، ويشهد لما ذكرنا ما فرّعه بعد ذلك على هذا الاعتبار، وقال: ولو ادعى على أبيه الميّت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلاّ مع دعوى علمه بدين أبيه.

....

الشَرح:

هـذا ما يتعلّق بالعباره، وأمّا أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم والبت فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه وقوع الحلف على نفى المـدعى به كمـا أنّ على المـدّعى اقـامه البينه عليه، وكـذا مـا دل على رد اليمين على المـدعى وقوع الحلف منه على مـا ادعـاه وبضـميمه ما دلّ على أنّه لايحلف الرجل إلاّ على علمه ولا يستحلف إلاّ على علمه أنّه إنّمايتوجه اليمين على من ادعى عليه من علمه بمايحلف عليه.

والمتحصل: أنّه لا فرق فى الحلف على فعل نفسه أو غيره فيأنّه لا يترتب على نفى العلم إلاّ سقوط دعوى العلم، نعم لو رد المنكر العلم اليمين على مدعى العلم عليه فحلف ثبت ذلك الفعل وهذا مشترك بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

ثمّ إنّ المصـنّف قدس سـره قد فرّع على ما ذكره من اعتبار الجزم والبت فى الحلف على نفى فعله وكفايه الحلف على نفى العلم فى فعل غيره أنّه لو ادّعى عليه ابتياعاً أو قرضاً أو جنايةً يعتبر الحلف على نفيه بنحو الجزم والبت لأنّ المـدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادّعى على أبيه الميت بمـا ذكر فـإنّه يكفى فيه الحلف على نفى علمه به مع دعوى العلم على الابن، وكـذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض وكيلك حقك، فإنّه يكفيأن يحلف الموكّل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

وقـال فى الجواهر فى ذيـل ذلـك: إنّه لو يتضـمن الـدعوى دعوى العلم على الموكّل فلامورد لليمين، بل إن كانت للمـدعى بيّنه بدعواه وإلاّ فلاتسـمع، ونقل عن كشف اللثام أنّ الموكّل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض وكيله فللمدعى اثبات قبضه أو أن يحلف على البراءه ، وأورد عليه بـأنّه لا مورد لحلف مـدعى القبض على البرائه بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضاً بمعنى أنّه لا يترتب على حلفه بالبراءه القضاء بها، أمّا

..... .

الشَرح:

مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق رد اليمين، وكذا مع رضاه لأنّ رضاه لا يجعل يمين البرائه بقبض الوكيل يميناً مردوده فإنّ اليمين المردوده تكون برد من يتوجه إليه اليمين والموكّل فى الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفى القبض، إلاّ أن يدعى كفايه رضا المدعى عليه بحلف المدعى فى ردّها، وإن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجّه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، وأجاب المدعى بعدم علمه به فلايتوجه إليه اليمين على النفى، أمّا إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدّعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردوده، إلاّ مع مصالحه الموكّل الحالف حقّه بحلف المدعى على القبض أو على البراءه وتدخل اليمين فى اليمين المعاملى لا فى اليمين المردوده.

وتعرّض صاحب الجواهر قدس سره فى المقام لفرع، وتكلّم فى الحلف فيه أنّه على نفى العلم لكونه من فعل الغير أو أنّه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت والجزم، وهو ما إذا ادّعى على عبده جنايه بمايتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنايته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، ومنشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبوره على المولى لكونه هو الغريم والعبد كسائر أمواله مملوك له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

و نقل عن كشف اللثام أنّه بناءً على كونها من فعل الغير يتعين اثباتها بالبيّنه سواء أحلف المولى نفى علمه أم اعترف المدعى بعدم علمه وبناءً على كون المولى هو الغريم تثبت الجنايه بحلف المدعى مع نكول المولى عن الحلف على نفى الجنايه، ولا يكفى حلفه على عدم علمه.

أمّا المـدعى ولا شاهد له فلايمين عليه إلّا مع الرد أو مع النكول على قولٍ، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم ولونكل سقطت دعواه اجماعاً[١].

ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشـيخ: ليس له ذلك إلّا برضا المدعى[٢] وفيه تردد منشأه أنّ ذلك تفويض لا اسقاط.

الشَرح:

واختـار قـدس سره أنّ الحلف فى الـدعوى المزبوره حلف الغريم ونقـل عن المسالـك أنّه بنى الوجهـان على تعلق ارش الجنايه برقبه العبد فقط أو برقبته وذمته، بحيث يتبع العبد بعد عتقه بما فضل ارش جنايته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثانى يكون الحلف على نفى العلم.

أقول: يظهر الحـال فى الفرع ممّـا ذكرنـا من عـدم الفرق بين فعـل نفسه وفعـل غيره، فـإن كـان منكراً يتوجه إليه اليمين على نفى المـدعى به، وإن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلّا مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] قد تقدّم الكلام فى ذلك فلاحاجه إلى الإعاده.

[٢] لو ردّ المنكر اليمين على المـدعى، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المـدعى به، ولا أثر لبـذل المنكر الحلف بعـد ذلك بلاخلاف يعرف أو ينقل، ويشهد لذلك مفهوم الشرطيه فى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام : «فى الرجل يدّعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(١)، فإنّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردّ اليمين عليه ثبت حقه.

وأمّـا إذا بـذل المنكر الحلف قبـل احلاف المـدعى، فهل يكون رجوعه عن ردّ اليمين وحلفه نافـذاً؟ ذكر الشـيخ قـدس سره إنّ رجوعه وبذله غير نافذ إلّا برضا المدعى وكان

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧۶.

ویکفی مع الإنکار الحلف علی نفی الاستحقاق لأنّه یأتی علی الدعوی[۱] فلو ادّعی علیه غصباً أو اجاره مثلاً ـ فأجاب بأنّی لم أغصب ولم أستأجر قیل یلزمه الحلف علی وفق الجواب لأنّه لم یجب به إلاّ ـ وهو قادر علی الحلف علیه، والوجه أنّه إن تطوّع بذلک الشَرح:

ردّه الیمین علی المدعی اسقاط لحقه.

ولکن الصحیح نفوذ حلفه فإنّه لا ـ یستفاد ممّا ورد فی ردّ الیمین علی المدعی إلاّ تفویض الیمین فإذا رجع عن تفویضه وبذل الحلف فیتم الموضوع للقضاء فی الواقعه کما هو مقتضی قوله صلی الله علیه و آله : «البینه علی من ادعی والیمین علی من ادعی علیه»، وقد تقدم أنّ الحلف علی المدعی علیه لیس حقاً لا للمدعی علیه ولا للمدعی، حتی یقبل الاسقاط منهما، غایه الأمر ثبت أنّه یجوز للمدعی عدم المطالبه بالقضاء بترک المطالبه بحلف المدعی علیه، کما یجوز للمدعی علیه ردّ الیمین علی المدعی مع مطالبته الحلف، ولو کان ردّ الیمین بمجرّده اسقاطاً لا ینفع فی عوده رضا المدعی کما لا یخفی.

[۱] لا ـ یعتبر فی حلف المنکر أن یکون المحلوف علیه نفی خصوص ما ذکره المدّعی فی دعواه، کما لا ـ یعتبر فیه أن یکون المحلوف علیه خصوص ما أجاب به عن دعوی المدعی وإذا قال المدعیأقرضتک الألف فأجاب بأنی ما اقترضت منک ألفاً ولا ـ غیر ألف وحلف أنّه لا ـ یستحق علیه مالاً ـ کفی فی ترتب الحکم علیه من جواز القضاء ببراءه ذمته، حیث إنّ الحلف المزبور یصدق علیه أنّه حلف علی نفی دعواه، فإنّ نفی العام نفی للخاص أیضاً.

وربّما یقال بأنّه تعتبر مطابقه المحلوف علیه بما ذکره فی الجواب، ولو ادعی علیه غصباً أو اجاره أو قرضاً فأجاب بأنی ماغصبت ولم استأجر أو لم اقترض فاللازم أن یحلف علی نفی الغصب والاستیجار والاقتراض؛ لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنّه

صحّ وان اقتصر علی نفی الاستحقاق کفی. ولو ادّعی المنکر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعیاً والمدّعی منکراً[۱] فیکفی المدعی الیمین علی بقاء الحق ولو حلف علی نفی ذلک کان آکد لکنه غیر لازم.

الشَرح:

متمکن علی الحلف علیه، ولکنّه کماتری، فإنّ مقتضاه جواز الحلف علی طبق الجواب لا تعین ذلک، والموضوع لجواز القضاء الیمین علی نفی مایدعیه المدعی کان الیمین علی نفیه بعنوانه الخاص أو بعنوان یدخل فیه.

[۱] لو ذکر منکر الدین أنّ الغیر قد أبرأ ذمته أو أنّه قد قبض دینه تنقلب الدعوی فیصیر مدعیاً، فعلیه اثبات الابراء أو الإقباض، ومدعی الدین منکراً، یتوجه إلیه الیمین علی بقاء حقه أو علی عدم الابراء أو القبض، وهذا ظاهر.

ولکن فی المقام أمر وهو ما تقدم من أنّه یعتبر فی نفوذ الحلف عن المنکر کونه برضا المدعی ومطالبته، وعلیه فلو لم یطالب الذیصار مدعیاً بدعوی الابراء والقبض عمّن صار منکراً بانکار الابراء والاقباض بأن أراد إیقاف الدعوی فهل یمکن لمنکر الابراء والاقباض استیفاء دینه ومطالبه المدعی بالدین، مع أنّ ظاهر الأصحاب أنّ استحلاف المنکر حق للمدعی وإذا تبرّع بالحلف فلایصحّ القضاء به، ومقتضی ذلک أنّ للمدعیإیقاف القضاء بترکه مطالبه المنکر بالحلف.

وفی موثقه عبداللّه بن أبی یعفور عن أبی عبداللّه علیه السلام : «إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له»(۱)، وفی روایه خضر النخعی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی الرجل یکون له علی الرجل المال فیجحده؟ قال: إن استحلفه فلیس له أن یأخذ شیئاً»(۲)، وظهورها فی

۱- (۱) الوسائل:ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۸.

۲- (۲) المصدرنفسه: الباب ۱۰ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۹.

وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين [۱] ويقضى على المنكر

الشَرح:

اعتبار مطالبه المـدعى الحلف غير منكر، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام «فى الرجل يدعى ولابينه له؟ قال: يستحلفه».(۱) وظاهرها أيضاً اعتبار طلب المدعى صاحبه باليمين إلى غير ذلك.

ولكن لا يبعد أن يقال مقتضى وجوب القضاء وفصل الخصومه بين الناس مع ملاحظه ما دلّ على أنّ مدرك القضاء البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أنّ على القاضى مطالبه المدعى بالبينه، كما أنّ عليه مطالبه المدعى عليه باليمين مع عدم اقامه المدعى البينه، وكما أنّ رضا المنكر غير دخيل فى مطالبه المدعى بالبينه كذلك لادخل لرضا المدعى فى مطالبه المنكر باليمين، غايه الأمر يرفع اليد عن الاطلاق فى ناحيه طلب اليمين عن المنكر بالروايات المتقدمه، ومدلولها ما إذا كان الشخص مدعياً للحق له وخصمه منكراً للحق عليه، أمّا إذا انعكس الأمر بأن كان المدعى يدعى سقوط حق الغير وخصمه ينكر سقوط حقه فهذه الصوره خارجه عن مدلولها، بل لو قلنا بأنّ اعتبار رضى المدعى بيمين المنكر على القاعده لأنّ المدعى صاحب الحق فله ايقاف المطالبه بحقه ولو بعدم مطالبه المنكر لحقه بالحلف، فيختص ذلك بما إذا كانت الدعوى ثبوت الحق لا سقوط حق الغير.

وعلى ذلك فللقاضى فى الفرض مطالبه المنكر للإبراء والقبض بالحلف على بقاء حقّه وبعده يقضى ويلزم مدعى الإبراء والقبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعى تأخير القضاء لاحضار بيّنته بالابراء أو القبض فللحاكم الامهال بنحو لايوجب الاهمال فى أداء حقوق الناس.

[۱] ذكر قدس سره أنّ كل مورد يتعيّن فيه على الخصم الجواب عن الدعوى بالاقرار أو

۱- (۱) المصدرنفسه: الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۶.

به مع النكول كالعتق والنسب والنكاح وغير ذلك. هـذا على القول بالقضاء بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين على المـدعى ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول.

الشَرح:

بالانكار أو حتى بقوله لا أعلم بأن كانت الدعوى عليه مسموعه يتوجه إليه الحلف، ولو بأن يحلف على عدم علمه على ماتقدم.

فلا-يتعين الجواب فيما لاتسـمع الـدعوى كـدعوى موجب الحـد على أحـد بلابينه، كمايأتى فإنّه لايتوجه فى دعواه اليمين ، وإذا توجّه اليمين إلى المنكر فنكل يحكم بثبوت الـدعوى بمجرّد النكول أو مع رد اليمين على المـدعى على خلاف ما تقـدم، و ذكر أنّه مع اعتبـارالردّ ان حلف المـدعى تثبت دعواه وإن نكـل أى امتنع عن الحلف سـقطت دعواه بلا-فرق فى ذلـك كلّه بين كون الـدعوى بالمـال أو بغيره من حقوق النـاس، كـدعوى العتق والنسب والنكـاح والطلاـق والرجوع فيه والايلاء وغير ذلـك. خلافاً لبعض العامه، حيث قالوا بعدم توجه اليمين فى غير الأموال وعللوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضـى بالنكول، فإن نكوله بمنزله البـذل والاباحه، ولا مورد لهما فى غير الأموال ونحوها. وعن بعض آخر منهم أنّ اليمين لا يتوجه على الخصم، إلّا فيما إذا ثبتت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحدّ.

أقول: ماذكره قـدس سره من الملازمه بين سـماع الدعوى واسـتحقاق الجواب عنها وبين الحلف عليه وان كان صـحيحاً كما هو مقتضـى قـوله صـلى الله عليـه و آلـه : «الـبيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»(١)، وقوله: «إنّمـا أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان»(٢)، إلّا أنّ دعوى مثل النسب يختصّ سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعى كالإرث و وجوب النفقه ونحوهما، ولو لم تتضمّن دعواه مطالبه حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلاتكون

١- (١) الوسائل:ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١٧٠.

٢- (٢) المصدرنفسه: الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١۶٩.

مسائل ثمان:

الأولى: لا يتوجّه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورّث والعلم بالحق وانّه ترك في يده مالاً[١]، ولو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور، لم يتوجه، ولو ادّعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف أنّه لا يعلم، نعم لو أثبت الحق والوفاه، وادّعى في يده مالاً، حلف الوارث على القطع.

الشَرح:

فى البين دعوى على الغير.

ومن هذا القبيل دعوى الزوجه الظهار أو الايلاء على زوجها، فإنّها تسمع دعواها لتضمنها مطالبه ما على زوجها أو سقوط ماله عليها، وكذا لامورد لتوجه اليمين فى مثل ما إذا ادعى الزوج طلاق زوجته أو الرجوع فى طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حين دعوى الرجوع، فإنّ قبول قوله فيهما لدخوله فى قاعده «من ملك شيئاً ملك الاقراربه».

وأيضاً قد تقدم أنّ ردّ اليمين على المدعى من المنكر أو من الحاكم فى موارد دعوى المال أو مايرجع إليها صحيح، أمّا فى غيرها فمشكل، بل الحكم بالنكول فيها أيضاً كذلك.

[١] إذا ادعى على الوارث بدين له على المورث يتوجه اليمين إلى الوارث فيما إذا فرض فى دعواه اجتماع أمور ثلاثه علم الوارث بموت المورث وبالدين له عليه، ووجود التركه بيده كلاً أو بعضاً، وإذا ساعد المدعى أى صدّق الوارث فى عدم أحد هذه الأُمور الثلاثه لم يتوجه إلى الوارث يمين أصلاً، كما إنّه إذا كانت التركه بيد الوارث وادعى علمه بموت المورث أو بالدين له عليه يكفى الوارث الحلف على عدم علمه، ولو أحرز الموت والدين وادعى التركه يلزم على الوارث الحلف على عدم كونها بيده، لأنّ المال بيد الوارث من فعل الوارث، فيعتبر فى الحلف عليه البت بخلاف دعوى

الثانيه: إذا ادّعى على المملوک فالغريم مولاه [۱] ويستوى فى ذلک دعوى المال والجنايه.

الشَرح:

الدين على المورث أو دعوى موته.

لا يقال: مقتضى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه(۱)عدم سماع الدعوى على الميت بلابينه، وان تضمنت دعواه الأُمور الثلاثه فضلاً عن توجّه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها وان ادعى بلابينه فلاحقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ.

فإنّه يقال: لو تضمنت الدعوى الأُمور الثلاثه تكون الدعوى على الوارث أيضاً فمن ثمّ تتوجّه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت ووجود التركه بيد الوارث ولم يعترف المدعى بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنّه تصدق فى الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب الوارث بلا أدرى فلامورد لليمين ولاحق للمدعى بلابينه. وإذا أجاب بنفى الدين يتوجه إليه اليمين على النفى، كما أنّه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

والحاصل: انّ الدعوى تكون على الميت خاصه، فيما إذا اعترف المدعى بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلا بيّنه كما هو ظاهر الروايه.

[۱] وذلک فإنّ دعوى الجنايه على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبه المولى بالفداء، فتكون متوجهه إلى المولى، وكذا الحال فى دعوى المال الموجود بيد العبد، فإنّ المال المزبور ملک المولى أو أنّ ولايه التصرّف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكه أو الولى به، ولاعبره فى أمثال ذلک باعتراف العبد أو انكاره، ولا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى ويتوجه إليه اليمين مع انكاره أو انكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ماتقدم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۱۷۳.

عدم سماع الدعوى فى الحدود بلا بينه

الثالثه: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البيّنه[۱] ولا يتوجه اليمين على المنكر، نعم لو قذفه بالزنا ولابينه فادّعاه عليه قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه اشكال، إذ لا يمين فى الحد.

الشَرح:

نعم إذا كانت دعوى المال منحصره بما فى ذمه العبد، كما فى دعوى الإتلاف عليه فلايكون للمولى شأن فى هذه الدعوى، ولا يكون اعترافه نافذاً فى حق العبد ولا يتوجه إليه حلف، بل العبره فى ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعتاقه باعتراف العبد وفى سقوطها بحلفه على نفيها.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت للدعوى جهتان، كما فى دعوى القتل على العبد عمداً، فينفذ اعتراف المولى بالاضافه إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، وأمّا القصاص فلا، لأنّ ازهاق روح العبد ليس من اقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير والمولى لا سلطان له فى غير ملكيته، بل ينفذ اعتراف العبد بالاضافه إلى القصاص ولكن بنحو لا ينافى ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، وبذلك يظهر الخلل فى اطلاق كلام الماتن وغيره.

[۱] يأتى أنّه يعتبر فى سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البيّنه للمدعى كون المدعى به حقاً للمدعى أو لمن يتعلّق به ولايه أو وكاله أو وصايه أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما فى دعوى الأموال وغيرها من حقوق الناس، أمّا حدود اللّه سبحانه فلا تكون من قبيل الحق لأحد ليطالبها أربابها، بل هى من حقوق اللّه سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على اثبات الإرتكاب لا يجب عليه اظهاره ولو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الاظهار، كما يشهد لذلك صحيحه أبى العباس قال: «قال أبوعبداللّه عليه السلام أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: إنى زنيت إلى

....

الشَرح:

أن قال: فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لو استتر ثم تاب كان خيراً له»(۱) ونحوها غيرها.

بل لا يبعد القول بعدم جوازالاظهارمن غير المتمكن على الإثبات ولو عند القاضـى فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذاً بما دلّ على حرمه الاغتياب، كما أنّه لو أظهر مع حرمته أو مع جوازه فلا يجب على القاضـى المطالبه بالجواب، فإنّ الموضوع فى الحـدود لا يزيـد على سائرالشـبهات الموضوعيه فى عـدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشـبهات، والأمر بالستر على مرتكب السوء، وفى مرسله الصدوق: «ادرأوا الحدود بالشبهات ولاشفاعه ولاكفاله ولايمين فى حدّ».(۲)

نعم يجوز الاظهـار مع التمكن على الاثبـات، بـل يجب حسـبةً، وفيما أمره ولى المسـلمين به منعاً عن المنكر، ويكون الاظهارعند الحاكم من قبيل الشهاده بالإرتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، ويظهر ذلك ممّا ورد فى رفع مفطر الصوم وغيره إلى الإمام.

ولا فرق أيضاً فى جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحـد وموجبات التعزير. ويختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق اللّه سـبحانه فقط، وأمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبه به بدعوى القذف على الغير وان يدخل فى الدعوى على الغير، ولكنه لاتسـمع الـدعوى فيه أيضـاً بلاـبيّنه ولاـيتوجه فيه يمين على منكره، وفى معتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أميرالمؤمنين عليه السلام فى حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد»(۳)،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵:۳۲۸.

۲- (۲) المصدرنفسه: الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱:۳۳۶.

۳- (۳) الوسائل:ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۲:۳۳۵.

....

الشَرح:

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق اللّه فقط أو من حق الناس أيضاً.

وبالجمله: فالمخبر عن الغير بأنّه ارتكب موجب الحد لا ـ يكون من المدعى حقيقه فى غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، ولو اجتمعت فى المخبر شرائط الشهاده يكون من الشهود، ولذا ذكر جماعه أنّه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثه شهود يثبت زناها، وان كان ما ذكروه مورد تأمّل، كما يأتى فى بحث الحدود ان شاء اللّه تعالى.

ثمّ إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق اللّه سبحانه لكونه موجباً للحد على فرض وقوعه ويكون من حق الناس، فيترتب عليه ضمان المال مثلاً فيجريعلى كل من الجهتين حكمها، كما إذا ادعى على الغير سرقه المال فتسمع دعواه بالاضافه إلى ضمان المال فإن أقام شاهداً واحداً وحلف على سرقته يثبت ضمانه، وإذا حلف سقطت دعواه، وإن ردّ اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم مع نكوله وحلف المدعى ثبتت السرقه، ولكن لا يترتب على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين أو باليمين المردوده قطع يده؛ لعدم الإعتبار فى الحدود باليمين، ولو مع الشاهد الواحد أو كانت مردوده.

ثمّ إنّه قد ذكر الشيخ قدس سره فى المبسوط أنّه لو قذف الآخر بلابيّنه بزناه بأن قال له: يا زانى، ثم ادعى عند الحاكم بأنّه قد زنى أنّه يجوز للمقذوف أن يحلف على عدم زناه ليثبت على قاذفه حدّالقذف.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه ليس فى الحدود يمين فلايحتاج فى ثبوت حد القذف عليه إلى حلف المقذوف على عدم زناه، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن

الرابعه: منكر السرقه يتوجه عليه اليمين، لإسقاط الغرم [۱] ولو نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول وهو الأظهر وإلّا حلف المدّعى ولايثبت الحد على القولين وكذا لو أقام شاهداً وحلف.

الخامسه: لو كان له بيّنه فأعرض عنها، و التمس يمين المنكر أو قال: اسقطت البينه وقنعت باليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا[۲] وفيه تردد ولعل الأقرب الجواز وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر.

الشَرح:

على عليه السلام «فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام : أين الرابع؟ قالوا الآن يجىء فقال على عليه السلام : حدّوهم فليس فى الحدود نظره ساعه»(۱)، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا يجلد رجل ولا امرأه حتى يشهد عليهما أربعه شهود على الايلاج والاخراج، وقال: لا أكون أوّل الشهود الأربعه أخشى الروعه أن ينكل بعضهم فأجلد»(۲)، وظاهرهما فى كون الشهاده بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف على الشاهد لا يقبل المناقشه.

[۱] قد ظهر ما فى المسأله ممّا تقدم فلا نعيد.

[۲] لو كان للمدعى بينه فأعرض عنها والتمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البيّنه وقبلت باليمين ، ثمّ رجع وأراد اقامه البينه فهل تسمع تلك البينه أم لا؟ فعن الشيخ قدس سره فى المبسوط والمحكى عن ابن ادريس أنّها لا تسمع؛ لأنّ اقامه البيّنه كانت من حقه وقد أسقطها كسائر الحقوق فى أنّه لا ـ يرجع فيها بعد اسقاطها. ولكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعى قبل تمام اليمين من المنكر.

والوجه فى ذلك أنّ مع اقامه البينه لا تصل النوبه إلى يمين المنكر، وجواز

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حدالزنا، الحديث ۸:۳۷۲.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۱:۳۷۳.

قبول دعوی صاحب النصاب بلا یمین

السادسه: لو ادّعی صاحب النصاب إبداله فیأثناء الحول قُبل قوله ولایمین[۱] وکذا لو خرص علیه فادعی النقصان.

الشَرح:

اقامتها للمدعی حکمی لاـ حقّی، کما هو مقتضی قوله صلی الله علیه و آله : «البینه علی من ادعی والیمین علی من ادعی علیه»(۱)، فیما إذا لم یقم المدّعی البینه مع ضمیمه قوله صلی الله علیه و آله : «إنّما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان»(۲)، فإنّ اقامه البینه تعم المفروض فی المقام، وإنّما ترفع الید ما إذا حلف المنکر علی النفی، فإنّه لا تسمع بعد ذلک البیّنه لتمام ملاک القضاء قبل اقامتها علی ماتقدم من أنّه إذا رضی صاحب الحق بیمین صاحبه فحلف فلا حق له.

وممّا ذکرنا یظهر الحال فیما کان شاهد واحد بدعواه فإنّ للمدعی اثبات دعواه بشهاده الشاهد بضم یمینه، وإذا طلب الحلف عن خصمه وقبل حلفه رجع وحلف بحقّه، فمع شهاده الواحد یتم ملاک القضاء، کما علیه المشهور.

[۱] لو ادعی صاحب النصاب ابداله أثناء الحول قبل قوله ولاـ یمین علیه، وکذا لو خرص علیه فادعی النقصان لینتقص من مقدارالزکاه لکون اعتبار الخرص فی تعیین مقدار الزکاه طریقی، والظاهر أنّ الحکم فی بابی الزکاه والخمس متسالم علیه بین الأصحاب قدیماً وحدیثاً ولاـیکون قول مالک النصاب من دعوی الإبدال أو دعوی الخطأ فی الخرص، بل کلّما ذکر صاحب المال عدم تعلق الزکاه أو الخمس بماله أو عیّن مقداره أو ذکر سقوطه بادائه یقبل قوله.

وفی صحیحه برید بن معاویه قال: «سمعت أباعبداللّه علیه السلام یقول: بعث أمیرالؤمنین علیه السلام مصدّقاً من الکوفه إلی بادیتها إلی أن قال: قال: ثم قل لهم: یا عباد اللّه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۰.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۶۸.

....

الشَرح:

أرسلنى إليكم ولى اللّه لآخذ منكم حق اللّه فى أموالكم فهل للّه فى أموالكم من حق فتؤدّوه إلى وليّه؟ فإن قال لك قائل: لا، فلا تراجعه».(۱) وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام قال: «كان علىّ عليه السلام إذا بعث مصدّقه قال له: إذا أتيت على ربّ المال فقل تصدّق رحمك اللّه ممّا أعطاك اللّه فإن ولّى عنك فلا تراجعه»(۲)، ولعلّ ظاهرها الإعراض عن المصدّق بالإعتذار بعدم الزكاه فى ماله.

وذكر بعض الأصحاب: أنّ المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين فى نفى الزكاه والخمس عن ماله صوره عدم العلم بكذبه، أمّا إذا علم كذبه سواء أكان العالم الفقير أم عامل الزكاه أو الحاكم فلاموجب لرفع اليد عمّا دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاه فى ماله، وإذا كان المدعى فقيراً يكون هو صاحب الحق لأنّه شريك مع المالك من حيث إنّه فرد من الطبيعى، غايه الأمر أنّ المالك ليس ملزماً بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر وكذا العامل أو الحاكم فإنّه مطالبه الوكيل والولى.

أقول: أمّا الفقير فلاموجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الإخبار والشهاده، ولو انضم إليه قول غيره، وكانا عدلين، لكان من البيّنه بكون المال متعلق الزكاه؛ وذلك فإنّ الفقير ليس مالكاً للزكاه، حيث إنّ الزكاه ملك الجامع بين الأصناف الثمانيه، كما أنّه ليس له ولايه على الزكاه وإنّمايدخل فيأحد العناوين المقرّره مصرفاً للزكاه، نظير الفقير فى اعطاء الكفاره، ولا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفاره يكون من الدعوى المسموعه على الغير.

۱- (۱) الوسائل: ۶، الباب ۱۴ من أبواب زكاه الانعام، الحديث ۱:۸۸.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۵:۹۰.

....

الشَرح:

نعم إذا احزر الحاكم بالزكاه فيما بيده أو على عهدته أو شهد العدلان عنده بذلك و أنكره ربّ المال فهل ربّ المال الحلف على عدم الزكاه أو ادائها؟فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، ولو مع العلم بكذبه، وكأنّ لقول صاحب المال موضوعيه، وفى موثقه سماعه قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربه هل عليه فى ذلك المال زكاه إذا كان يتّجر به؟ فقال: ينبغى له أن يقول لصاحب المال زكّوه فإن قالوا إنّا نزكّه فليس عليه غير ذلك وإن هم أمروه بأن يزكّيه فليفعل، قلت: أرأيت لو قالوا انا نزكيّه والرجل يعلم أنّهم لاـ يزكونه، فقال:إذا هم أقروا بأنّهم يزكونه فليس عليه غير ذلك وان هم قالوا: إنا لا نزكيّه فلاينبغى له أن يقبل ذلك المال ولا يعمل به حتى يزكوه».(۱)

ولكن لا يخفى ظاهرها زكاه التجاره ولعدم كونها من الزكاه الواجبه عندنا، عبّر عليه السلام بينبغى ولاينبغى وانّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، وطلب الحلف من ربّ المال على اخراجه الزكاه أو عدم تعلّقها لاـ موجب له مع الجهل بالحال، ومع العلم بها وانكاره فإنّ مع الجهل فالسماع بلايمين مقتضى صحيحه بريد وموثقه غياث المتقدمتين، ومع العلم بكذبه فلأنّ الحاكم له الولايه على الزكاه وأخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها فى المال أو على عهده الغير فله اجباره على اخراجها، وإلاّـ فله التصدى بذلك، وما دلّ على أنّ اليمين على من ادعى عليه أو على المدعى مع ردّها عليه ظاهره الواقعه المرفوعه إلى الحاكم، ولا يعم الواقعه التى يكون التصدى بها للحاكم بما هو حاكم.

قال فى المستند: لو علم تعلّق الزكاه بما له وعدم اخراجها كان لمن شأنه ذلك أن

ص :۲۲۴

۱- (۱) الوسائل: ۶، الباب ۱۵ من أبواب ماتحب فيه الزكاه، الحديث ۱:۵۰.

....

الشَرح:

یکلّفه بالأداء أو یأخذ منه، وهل تقوم شهاده العدلین مقام العلم أم لا؟ صرّح فی الشرائع بالأوّل ومقتضی الأصل هو الثانی.

ثمّ إنّه قد ثبتت الولایه بالاضافه إلی الزکاه وصرفها علی مصارفها للنبی الأکرم والأئمه صلوات اللّه علیهم أجمعین کمایفصح عن ذلک قوله سبحانه: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَکِّیهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَیْهِمْ إِنَّ صَلاتَکَ سَکَنٌ لَهُمْ»(۱)، فإنّ الأمر بالأخذ یعم صوره امتناعهم والأخذ منهم قهراً علیهم ولاینافیه ما فی الذیل من الصلاه علیهم؛ لأنّها طلب الرحمه وعدم امساک النعمه علیهم فیناسب العاصی من الاُمه أیضاً.

ویظهر من الر وایات الکثیره الوارده فی موارد مختلفه أنّ لرب المال أیضاً الولایه علی صرف زکاته علی مصارفها منها ما ورد فی جواز اعطائه زکاتها أقاربه من الذین لا یجب علیه نفقتهم، ومنها ما ورد فی جواز قضاء دین الأب عن الزکاه، ومنها ما ورد فی اعطاء الفقیر حتی یغنیه، وما ورد فی سماع قول رب المال إلی غیر ذلک والنتیجه ثبوت الولایه علی الصرف لکل من رب المال ولإمام علیه السلام .

ولو قیل بالنیابه للفقیه أو للأعلم فی زمان الغیبه فیجوز للفقیه أو الأعلم ماکان جائزاً للنبی والإمام علیه السلام من أخذ الزکاه من رب المال مع امتناعه ولو قهراً علیه، کما أنّه لو أمر بنقل الزکاه إلیه کان أمره کأمرالإمام علیه السلام فی وجوب الاتباع.

وأمّا لو بُنی علی عدم النیابه، وإنّ الثابت فی حق الفقیه مایدخل فی الاُمور الحسبیه التی ذکرنا فی بحث ولایه الفقیه من أهمّها تنظیم أمر البلاد وتأمین بلاد المسلمین والدفاع عن الحوزه الإسلامیه وذکرنا أنّ مع وضع فقیه یده علی الأمر الحسبی فلایجوز للآخرین مزاحمته فلایثبت الولایه للفقیه بالاضافه إلی الزکاه، لأنّ

۱- (۱) التوبه: ۱۰۳.

. ...

الشَرح:

مع ثبوت الولايه لرب المال لا- يدخل أمر الزكاه فى الأُمور الحسبيه إلاّ- إذا امتنع ربّ المال عن اخراجها وكان لصرفها على مواردها ضروره كما أنّه لو توقف حفظ نظام البلاد والحوزه الإسلاميه على أخذ الزكاه وصرفها على مواردها دخل أخذها وصرفها في ولايه الفقيه المتصدى لحفظها وترتيب أمنها، ومع امتناع ربّ المال من ادائها يكون على الفقيه أو المأذون من قبله التصدى لأخذ الزكاه ولو بالجبر.

ذكر فى العروه: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاه إلى الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبه لا سيّما إذا طلبها لأنّه أعرف بمواقعها، ولكن الأقوى عدم وجوبه فيجوزللمالك مباشره أو بالاستنابه والتوكيل تفريقها على الفقراء وصرفها فى مصارفها، نعم لو طلبها الفقيه على وجه الإيجاب بأن يكون هناك مايقتضى وجوب صرفها فى مصرف بحسب الخصوصيات الموجبه لذلك وكان مقلداً له يجب الدفع إليه، حيث إنّه تكليفه الشرعيلالمجرد طلبه، وإن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام عليه السلام فى زمان الحضور، فإنّه يجب الدفع إليه بمجرّد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلداً له لكون ايجابه مع عدم التقليد عن لايكون من التكليف الشرعى المعتبر فى حق غير مقلّده.

وبتعبير آخر: لو كان فتوى الفقيه المزبور ان طلب الفقيه الزكاه ولومع الموجب المزبور كطلب الإمام عليه السلام فى وجوب الاجابه فلايجب الاتباع على غير مقلّده.

وأمّا بالاضافه إلى الخمس فمقتضى الآيه المباركه بضميمه ما ورد فى تفسيرها على أنّ لرب المال أن يعطى نصفه الفقراء والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين ونقل النصف الآخر إلى الإمام عليه السلام ، إلاّ أنّ مقتضى الروايات الوارده فيأنّ لنا الخمس

وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول[۱] أمّا لو ادعى الصّغير الحربى الإنبات الشَرح:

والأمر بنقله أو دفعه إلى وكلائهم عـدم ثبوت الولايه لرب المال فى زمان الحضور، ويكون الأمر كذلك فى زمان الغيبه أيضاً لو قيل بنيابه الفقيه.

وأمّا إذا قيل بعـدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سـهم الساده الأيتام والمساكين وأبناء السبيل من الهاشـميين أخذاً بمقتضـى الآيه وماهو بمفادها، فإنّ المقـدار الثابت فى رفع اليـد عن مقتضاها زمان الحضور، وأمّا بالاضافه إلى السـهم المبارك فالتصـرّف فيه من التصـرّف فى ملك الغير، ويكون منوطاً باحراز الرضا والاذن، ولايحصل هـذا الاحراز إلّا بالرجوع إلى من يقلّده، والعمل على طبق مايعيّنه.

ويجرى فى فرض امتناع ربّ المال عن اخراج الخمس ما ذكرنا فى فرض الامتناع عن اخراج الزكاه، واللّه سبحانه هوالعالم.

[۱] هذا الفرع مبنى على أنّ الإسـلام بعدالحول لايوجب سقوط الجزيه أمّا بناءً على سقوطها باسلام الذمى سواء أكان قبل الحول أم بعده قبل اعطاء الجزيه، كما عليه المشـهور والأظهر عندالماتن قدس سره على ما ذكره فى كتاب الجهاد فلايدخل الفرض فى سماع القول.

ويشـهد لـذلك مع الإغماض عن النبوى الـدال على أنّ الإسـلام يجب ما قبله، والـدال على أنّه ليس على المسـلم جزيه(۱) ظاهر الآيه المباركه فيأخذ الجزيه حال كون المأخوذ منه صاغراً والأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، وصحيحه زراره قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السـلام : ماحدّ الجزيه على أهل الكتاب وهل عليهم فى ذلك شىء موظّف لا ينبغيأن يجوز إلى غيره ؟ إلى أن قال عليه السلام : فالجزيه تؤخذ منهم على قدر مايطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ اللّه عزّوجلّ قال: «حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن

۱- (۱) المستدرك: الباب ۶۱ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۳۴.

بعلاج لا بسنٍّ ليتخلّص عن القتل، فيه تردد[۱] ولعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلّا مع البينه.

الشَرح:

يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ»(۱)، كيف يكون صاغراً وهو يكترث لما يؤخذ منه حتى يجد ذلاً لما أخذ منه فيألم لذلك فيسلم»(۲) فإنّ ظاهرها أيضاً أنّ بالإسلام ينتهى أخذ الجزيه بلافرق بين حيلان الحول عليه كافراً أم لا، وما هو المنسوب إلى الحلبى وبعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطاً للجزيه لا يمكن المساعده عليه.

ولكن بناءً عليه فدعوى الذمى اسلامه قبل الحول لسماع قوله بلاموجب لعدم كون المقام من صغريات قاعده من ملك شيئاً، فرفع اليد عن الاستصحاب فى ناحيه كفره إلى آخر السنه بلا ـ وجه، ولو لم نقل باشتغال العهده بالجزيه من أوّل الحول، كمالايخفى.

ودعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد وربّه ولايعلم إلّا من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عباره عن اظهارالشهادتين ويمكن فيه الاشهاد.

[۱] إذا أسر الكافر الحربيأثناء القتال وادعى صغره وانّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبنى على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعى الحاصل بالطعن فى السن لا مطلق الإنبات، ولوكان بالعلاج؛ إذ لوكان الموضوع للبلوغ مطلق الانبات فلامورد للسماع لإحراز بلوغه ولزوم قتله.

وفى صحيحه الكناسى قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا ـ يستأمرها؟ إلى أن قال: قلت: فالغلام يجرى فى ذلك مجرى الجاريه؟ فقال: يا أباخالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمسه عشره

۱- (۱) التوبه: ۲۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۶۸ من أبواب جهادالعود، الحديث ۱:۱۱۳.

من لا تقبل دعواه بلا يمين

....

الشَرح:

سنه أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك».(۱)

ولا يبعد ظهورها في الانبات الطبيعي، كما لا يبعد ذلک حتى في البلوغ بالإحتلام، ولا يضر بالاستدلال اشتمالها على حكم لا يعمل به، وهو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغها فيما إذا زوّجه أبوه في صغره إن لم يمكن تقييده بما إذا زوّجه بالصغيره.

والمتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلى الطبيعي فسماع دعوى الحربي صغره وانّ الانبات كان بالعلاج فيما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره وعدم تحقق الإنبات الطبيعي ومقتضاه دخوله فيمن لاـ يقتل، حتى حال قيام الحرب، كما هو ظاهر النص و الفتوى، وفي صحيحه أبي حمزه الثمالي أو محمّد بن حمران وجميل معاً عن أبي عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله إذا أراد أن يبعث سريه إلى أن قال: ولاـ تغلوا ولاـ تمثلوا ولاـ تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صبياً ولا امرأه ولا تقطعوا شجراً إلّا أن تضطروا إليها»(۲)، ونحوها غيرها.

وعلى ذلک فلا موضوعيّه لدعوى الحربي، بل كل من احتمل صغره لايجوز قتله فدعواه الانبات بالعلاج موجبه لانقداح احتمال صغره.

وربّما يقال بسماع دعوى البلوغ بالاحتلام فإنّ الاحتلام ممّا لايعلم إلّا من قبل الشخص فيقبل قوله فيه، ويورد عليه بأنّ سماع قوله دوري لأنّ سماع القول موقوف على احراز البلوغ فإنّ الصبي لا يعتبر قوله ولو توقف البلوغ يعني احرازه على سماع قوله لدار.

ص :۲۲۹

۱- (۱) الوسائل :ج ۱۴، الباب ۶ من أولياء العقد، الحديث ۹: ۲۰۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۱۵ من أبواب جهادالعدو، الحديث ۲:۴۳.

....

الشَرح:

ولكن لاـ يخفى أنّ البلوغ حتى بالإحتلاـم يمكن احرازه بغير قوله، ومعه لا موجب لرفع اليـد عن الاستصـحاب فى صـغره فيحكم عليه بعدم جوازقتله أوسائر ما يترتب على الصغر من عدم صحّه عقده وايقاعه إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه قـد حكى فى الجواهر عن غايه المراد والمسالك موارد تلحق بسـماع الـدعوى فيها، كما إذا ادعى بنوه صـغيرولامنازع له، ويمكن اسـتظهار القبول فيه من صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الحميل فقال: وأى شىء الحميـل؟ قلت: المرأه تسبى من أهلها ومعها الولـد الصـغير فتقول: هو ابنى، والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى وليس لهم بينه إلاّـقولهم؟ قـال: فقـال:مـايقول النـاس فيهم عنـدكم؟قلت: لاـ يورّثونهم لأـنّه لم يكن لهم على ولاـدتهم بينه وإنّما هى ولاده الشرك، فقال: سبحان اللّه إذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقره به الحديث».(۱)

ومنها: مـدعياًنّه من أهل الكتاب لتؤخـذ منه الجزيه، وربّما يسـتدل على ذلك ماعن النبى صـلى الله عليه و آله فى بعض الروايات المعتبره من أمره السـرايا بقبول الجزيه من باذليها(۲)، مع أنّه لاـ يعلم فى الغـالب أنّ الباذلين من أهل الكتاب إلاّ باقرارهم، وربّما يـذكر أيضاً أنّ الـدين أمر قلبيلاـ يعرف إلاّ من قبل صاحبه ولكن قـد تقـدم ما فيه ويؤيـد السـماع ما ورد فى بعض الروايات من سؤال على عليه السلام ما أخذوا على الافطار فى شهر رمضان عن دينهم.

ومنها: مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه حذراً من القتل، ولعلّه لدرء الحد بالشبهه وجريان الحد جلداً لاعترافه باستحقاقه.

۱- (۱) الكافى۷:۱۶۵.

۲- (۲) سنن بيهقى۹: ۱۸۴.

....

الشَرح:

ومنها: مدعى فعل الصلاه والصيام خوفاً من التعزير، ولعلّه لأنّ التعزير كالحدّ يرتفع بالشبهه.

ومنها: مدعى ايقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطه بالنيه كالحج والصلاه، وفيه أنّ المدعى فيما إذا كان ثقه فوقوع العمل منه يحرز بقوله، وأمّا صحته فيكفى فى احرازها أصاله الصحه، أمّا إذا لم يكن ثقه فمجرّد كون النيه أمراً قلبياً لا يكفى فى احراز الوقوع و احراز براءه ذمه الميت.

ومنها: دعوى الولى اخراج ماكلّف به من نفقه وغيرها والوكيل بفعل ما وكلّ فيه، ولا يبعد سماع قولهما مع عدم الانكار عليهما من المولى عليه والموكّل، وإلّافيحتاج إلى الاثبات.

ومنها: دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر فى ملكيه الكنز على قول مشهور، وهذه أيضاً لا توجب سماع دعواها بلا يمين. غايه الأمر بما أنّ يد المالك أقوى من يد المستعير، والمستأجر بحسب المالك منكراً فى الواقعه لموافقه قوله مع مقتضى قاعده اليد.

ومنها: دعوى أنّ احراز الطعام للقوت، والوجه فى سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضروره الناس تربصاً للغلاء، ومقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجوازالاكراه عليه.

ومنها: قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، ولكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاک القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعى، فإن حلف فهو، وإلّا سقطت دعواه.

ومنها: مدعى الغلط فى اعطاء الزائد عن الحق لا التبرع والسماع لأنّه مقتضى

....

الشَرح:

الاستصحاب فی عدم تملیک الزائد ولا یعارضه الاستصحاب فی عدم الخطاء فإنّه لا یثبت التعمد بالتبرع.

ومنها: دعوی المحللّه الاصابه لیلزم علی مالکها الاستبراء، وهذا یدخل فی دعوی المرأه انّها فی العدّه.

ومنها: دعوی المرأه أنّها فی الحیض أو الطهر أو فی العده أو أنّها خلیه وفی صحیحه زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال: «العده والحیض للنساء إذا ادعت صدقت»(۱)، ونحوها غیرها، وربّما یظهر من معتبره السکونیأنّ ذلک ما لم تکن متّهمه(۲)، ویلحق بما ذکر دعوی المرأه عدم الزوج کما فی صحیحه میسّر.

ومنها: دعوی الظئر أنّه الولد، وفی صحیحه سلیمان بن خالد عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی رجل استأجر ظئراً فغابت بولده سنین ثم إنّها جائت به فأنکرته أُمّه وزعم أهلها أنّهم لایعرفونه؟ قال: لیس علیها شیء الظئر مأمونه»(۳)، ویلحق بذلک دعوی ملک المال بلامنازع فی غیر اللقطه لخبر الکیس.

ومنها: ما إذا ادّعی انّ ما بید زید ماله قد سرقه منه وقال زید أنّه کان ماله، ولکنه وهبه له لا أنّه سرقه. فإنّه قد تقدم عدم قطع ید مدعی الهبه لعدم ثبوت السرقه لا لسماع قوله نعم یجوزلمدعی السرقه أخذ المال المزبور ولوکان من بیده المال من ذوی الأرحام لعدم ثبوت الهبه أیضاً، وممّا ذکر یظهر الحال فی منکر موجب الرجم أو مدعی الاکراه فیه أو الجهاله مع احتمالهما فی حقّه وکذا فی مدعی الضروره فی الکون مع

۱- (۱) الوسائل :ج ۱۵، الباب ۲۴ من أبواب العدد، الحدیث ۱:۴۴.

۲- (۲) الوسائل :ج ۱، الباب ۴۷ من أبواب الحیض .

۳- (۳) المصدر نفسه:ج ۱۵ ، الباب ۸۰ من أبواب أحکام الأولاد، الحدیث ۱:۱۸۹.

السابعه: لو مات ولاوارث له، وظهر له شاهد بدين[۱] قيل يحبس حتى يحلف، أو يقرّ لتعذر اليمين فى طرف المشهود له وكذا لو ادعى الوصيأنّ الميت أوصى للفقراء، وشهد واحد وأنكر الوارث، وفى الموضعين اشكال لأنّ السجن عقوبه لم يثبت موجبها.

الشَرح:

الأجنبى مجردين ومنكر القدف مع عدم البينه لمدعى القذف.

ومنها: مدعى ردّ الوديعه فى المشهور، ولكن قد ذكرنا فى بحث الوديعه انّه يسمع قول الودعى فى صوره التلف فى عدم الخيانه، كما فى سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانه، أمّا رد الواجب عليه فعليه اثباته كغيره.

ومنها: مدعى تقدم العيب مع شهاده الحال، ووجهه أنّ مع شهاده الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشترى لإحراز صدقه.

وقد تقدم من جميع ما ذكرنا أنّه لا يستفاد من الموارد الكليّه لا قاعده قبول الشخص فى نفى موجب الحد والتعزير أو قبول ما كان قوله اخباراً بينه وبين ربّه أو لايعلم إلاّ من قبله ولم يكن فيه ضرر على الغير.

[۱] إذا مات شخص لاوارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين وشهد واحد بالدين له على حى وأنكر الدين ذلك الحيّ قال الشيخ فى محكى المبسوط أنّه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقرّ بالدين، وذلك لعدم امكان ان يردّ الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميّت ولا يمكن أيضاً ردّها على الإمام عليه السلام أو على المسلمين.

ويجرى مثل ذلك يعنى حبس المنكر إلى أن يحلف على النفى او يعترف فيما إذا ادعى وصى الميّت على ورثته أنّه أوصى بكذا للفقراء وأنكر الورثه الوصيه فإنّ الورثه يحبسون إلى أن يحلفوا على نفى الوصيه أو يعترفوابها، وذلك فإنّ ردّ الحاكم مع نكول الورثه على الوصى غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصى عن الميت.

....

الشَرح:

وقـد أورد الماتن قدس سـره على ما ذكره فى المبسوط بأنّ السـجن عقوبه لم يثبت موجبها، وذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنّه قد ثبت موجب العقوبه، فإنّ الدعوى المسـموعه تقتضى من المنكر اليمين أو اداء الدين، وبما أنّه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحق الحبس.

أقول: ما ذكر فى الفرعين مبنى على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بـذله على المـدّعى وإلاّ فاللازم الحكم بثبوت الـدين للميت على الحى والحكم بثبوت الوصيه للفقراء بمجرّد نكول الحيأو الورثه عن اليمين.

قـد ذكر بعضـهم أنّه وإن لا ـيحكم بثبـوت الـدعوى بمجرّد نكول المنكر فى سـائر الموارد، لكن مجرّد نكوله عن اليمين فى مثل الفرعين ممّا لايمكن ردّها على المدعى كافٍ فى الحكم بثبوتها.

كمـا أنّه ذكر بعض آخر أنّه ليس فى مثـل الفرعين توجه اليمين على المنكر، فـإنّه إنّمـا يتوجه اليمين عليه فيما إذا أمكن له ردّها على المدعى، وفى مثل هذين الموردين يوقف الدعوى إلى أن يوجد بينه بها.

ولكن ضـعف كل من القولين ظاهر، لأنّ ما ورد فيأنّه يرد اليمين على المـدعى ظاهره عـدم جوازالقضاء بمجرّد نكول المنكر عن اليمين، كما أنّه قـد تقـدم عـدم اختصاص توجّه اليمين على المنكر بموارد جواز ردّه على المـدعى وموارد عدم جوازه مع موارد جوازه سيّان.

والصحيح فى المقام أنّ ردّ الحاكم على الوصى اليمين مع نكول الورثه المنكرين متعين وإذا حلف بها ثبتت الوصيه، ودعوى أنّ المدعى إنّما يحلف على فعل نفسه لايمكن المساعده عليها، لما تقدم من جواز الحلف على البت والقطع مع العلم، سواء

الثـامنه: لومات وعليه دين يحيط بالتركه، لم ينتقل إلى الوارث وكانت فى حكم مال الميت، وإن لم يحطّ انتقل إليه ما فضل عن الدين، وفى الحالين للوارث المحاكمه على من يدعيه لموروثه[١] لأنّه قام مقامه.

الشَرح:

أكـان المحلوف عليه فعله أم فعـل غيره، كمـا هو الحـال فى حلف الولى والوكيـل، بـل لاحاجه مع فرض شـهاده عـدل آخر إلى مسأله رد اليمين، فإنّ شهاده الواحد مع يمين المدعى تثبت دعوى المال.

وأمّا مسأله دعوى الـدين لميت لاوارث له فهى راجعه إلى نفس الحاكم فإن تصـدى لأمر تركته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحى مـديون للميت المزبور أخـذ المال منه بلاحاجه إلى القضاء وإن لم يحرز ذلك، كما هو فرض شـهاده واحد أو وجدانه مكتوبـاً فى مـذكراته، فيمـا إذا احتمـل أنّ ضـبطه كـان بلاموجب فمقتضـى أصاله براءه ذمه الحى الجاريه عنـد الحاكم لأمر مال الإمام عليه السلام عدم أخذ الحى المزبور بشىء، واللّه سبحانه هوالعالم.

[١] لوكان للميت دين يحيط بتركته لم تنتقل التركه إلى الوارث، بل تبقى على ملك الميت وعـدم انتقالها إلى الورثه لأنّ الإرث بعد الدين، وأمّا عدم انتقالها إلى الدائن فإنّ الدائن يملك على ذمه الميت فتبقى التركه على ملك الميت ليوفى بها دينه.

ويترتب على ذلك أنّه لو حصل للتركه نماء بعد ذلك وقبل صرفها على دينه يكون ذلك النماء أيضاً ملكاً للميت، فتصرف على دينه، فيمـا كـان دينه أكثر من تركته، بخلاف ما إذا قيل بانتقال التركه إلى الوارث، ولو مع الـدين المسـتوعب، فإنّه يكون النماء المتجدد ملك الورثه، ولايصرف على دينه، وكذا الحال فيما زادت التركه عن دين الميت فإنّه لاينتقل مقدار الدين إلى الوارث، وهذا هوالقول الأظهر فى المسأله، والقول الآخر أنّ التركه تنتقل إلى الورثه بزعم أنّ المال لايبقى بلا مالك والميت لايملك.

....

الشَرح:

وعلى الأوّل من القولين ففى الحالين أى ما إذا كان الـدين مسـتوعباً للتركه أو كانت التركه أزيد لو لم يكن للميت تركه إلّاعلى ذمه زيد وكان على الميت دين لعمرو فانكر زيد الدين عليه للميت فهل طرف المخاصمه مع زيد هوالوارث أو عمرو؟

ذكر المـاتن قـدس سره أنّ طرف المخاصـمه مع زيـد هوالوارث لاعمرو لأنّ الوارث يقوم مقام الميّت فلو كان للـدين على زيد شاهـد واحـد يحلف الوارث مع ذلك الشاهـد، ويثبت الـدين على زيـد لثبوت الـدعوى المالى بشاهدواحد ويمين المدعى، وأمّا عمرو فليس طرف المخاصـمه، لأنّه مـا على ذمـه زيـد ليس بملكه وان تعلّق به حقّه، فـإنّ المفروض بقـاء الـتركه فى المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملك الميت .

نعم ذكر فى القواعـد أنّه لو امتنع الوارث عن المرافعه يجوز للـدائن يعنى عمروفى الفرض المحـاكمه مع زيـد، ولكن لا ـ يجوزله الحلف مع الشاهـد الواحد أو باليمين المردوده، بل يجوز له احلاف زيد على عدم اشـتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط دعوى زيد لادعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلك اثبات الدين على زيد بشهاده واحد ويمينه أو باليمين المردوده.

وإذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبه الوارث بالدين على مورثه لبقاء المال على ملك المورث ولزوم صرفه فيأداء دينه، وهل يجوز لعمرو مطالبه زيد بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

وذكر فى الجواهر فى وجه الاشـكال توهم سـقوط الـدين عن زيـد باحلاف عمرو قبل ذلك، وأجاب عنه بأنّ الساقط بالاحلاف حق الـدعوى على زيـد لا المطالبه بالمال الثابت على عهـده زيـد باثبات الوارث، ولـذا لافرق فى جواز مطالبته بين أخـذ الوارث وعدمه.

ص :۲۳۶

....

الشَرح:

ولكن ناقش قدس سره فى جواز مطالبه عمرو زيداً أو الوارث بأنّ اليمين على الإبراء من زيد قد فوتت التركه بالاضافه إلى عمرو أنّ الميت ليس له تركه بالاضافه إليه ليطالبها وفاءً للدين، وإن كان له تركه بالاضافه إلى الوارث، وناقش أيضاً فى حلف الوارث مع الشاهد الواحد أو باليمين المردوده بأنّ يمينه عن الغير، حيث إنّ المال لم ينتقل فى الفرض إلى ملكه وانتقاله إليه بابراء الدائنين الميت لايوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، ولوكان الانتقال التقديرى موجباً لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضاً، لكون ما على ذمه زيد ملكه على تقدير وفاء دين الميت به انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصره بما له على عهده الآخر فليس للدائن مطالبه الورثه بالوفاء، لأنّ ما على عهده الآخر ملك للميت يتعين الدين على الميت فيه، وليس للوارث شأن فيه، ولذا ليس للوارث مخاصمه المديون للميت فى الفرض، وانتقاله إلى الوارث على تقدير ابراء الميت عمّا على عهدته لايصحح طرح الدعوى قبل الابراء.

نعم إذا كان الوارث وصياً للميت فى استيفاء ماله واداء ما عليه يجوز له مخاصمه المدين للميت، وهذا خارج عن الفرض، كما أنّه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكاله عن الدائن فى طرح الدعوى على المدين للميت.

وبالجمله: فللدائن مطالبه المدين للميت ومخاصمته، وكذا الحال فيما كان ما للميت على ذمه الآخر أكثر من الدين، ولكن ذكر الوارث بأنّه لايدرى أنّ لمورثه مال بذمه الآخر.

نعم إذا اعترف الوارث بأنّ للمورث على عهده الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركه أخرى فطرف المخاصمه مع المدين للميت هوالوارث، حيث إنّ

البحث الثالث: فی الیمین مع الشاهد. یقضی بالشاهد والیمین فی الجمله[۱] استناداً الی قضاء رسول اللّه صلی الله علیه و آله وقضاء علی علیه السلام بعده.

الشَرح:

الدائن لایستحق عن الترکه إلّا الدین له بنحو الکلّی فی المعین فللوارث اداء ذلک الکلّی وتعیینه فی کل من ابعاض الترکه.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمه مع مدین المیت فیجوز للدائن مطالبه بوفاء ما علیه من الدین للمیت؛ لأنّ امتناع الورثه عن المحاکمه اسقاط لحقه فی تعیین الدین علی المیت فی أبعاض ترکته.

[۱] لاخلاف عندنا فی ثبوت الدعوی بشهاده عدل واحد ویمین المدعی فی الجمله، وعلی ذلک اتفاق الأصحاب قدیماً و حدیثاً، وبذلک نطقت الروایات وانّه قضی رسول اللّه صلی الله علیه و آله بهما وعلی علیه السلام ، والمشهور علی أنّ الثابت بهما دعوی المال عیناً أو دیناً، وکذا کل دعوی یکون المقصود بها المال، کدعوی البیع والاجاره والهبه إلی غیر ذلک، ولکن عن جماعه کالشیخ فی النهایه والاستبصار وابنی زهره والبراج اختصاص الثبوت بدعوی الدین، وعن السبزواری ثبوت حقوق الناس بهما مطلقاً، ولولم تکن من دعوی المال أو المقصود منها المال کالطلاق والعتاق والنسب والوصیه إلیه إلی غیر ذلک، حیث مال إلی ذلک فیآخر کلامه، واستثنی المورد الذی تم فیه الإجماع علی عدم قبول شهاده الواحد مع الیمین.

والروایات الوارده فی المقام علی طائفتین :

الأولی: مایظهر منها الاختصاص بالدین أو أنّ الثبوت بهما فی الدین، وفی موثقه أبی بصیر قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد قال: فقال: کان رسول اللّه صلی الله علیه و آله یقضی بشاهد واحد ویمین صاحب الحق و ذلک

....

الشَرح:

فی الدین»(۱)، وفی صحیحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أباعبداللّه علیه السلام یقول: کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهاده رجل ویمین المدعی»(۲)، وفی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی الله علیه و آله یجیز فی الدین شهاده رجل واحد ویمین صاحب الدین ولم یجز فی الهلال إلاّ شاهدی عدل»(۳)، إلی غیر ذلک.

الثانیه: مایظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، کصحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس، فأمّا ما کان من حقوق اللّه عزّوجلّ أو رؤیه الهلال فلا».(۴)

ومعتبره منصور بن حازم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی الله علیه و آله یقضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق»(۵) بناءً علی عدم اراده الدین من الحق.

ولو لم یکن فی البین صحیحه محمد بن مسلم کالصریحه فی الاطلاق یتعین الجمع بین الطائفتن بحمل الاطلاق فی الطائفه الثانیه علی القید فی الطائفه الأولی، ولکن معها لایمکن ذلک، بل یتعین أن تحمل الأُولی علی أنّ قضاء رسول اللّه صلی الله علیه و آله قد وقع بشاهد ویمین فی الدین لا ـ أنّ ثبوت الدعوی بهما یختص بالدین، کمایحمل علی ذلک ما ورد فی معتبره داود بن الحصین(۶) وغیرها ممّا یلحق بالطائفه الأُولی.

لا یقال: مع الاغماض عن صحیحه محمد بن مسلم أیضاً لا یمکن الاختصاص؛ لأنّ اعتراض علی علیه السلام علی قضاء شریح فی قضیه درع طلحه شاهد لثبوت دعوی العین

ص: ۲۳۹

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱و۱۱: ۱۹۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۹۵:۵.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحدیث ۱۲: ۱۹۶.

۴- (۴) المصدر نفسه: الحدیث ۲:۱۹۳.

۵- (۵) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب کیفیه الشهادات، الحدیث ۳۵:۲۶۵.

....

الشَرح:

بشاهـد ويمين، حيث ذكر (سـلام الله عليه) فيها: «ثم اتيتک بالحسن فشـهد فقلت: هذا واحد ولا أقضـى بشـهاده واحد يكون معه آخر وقد قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله بشهاده واحد ويمين».(۱)

فـإنّه يقـال: لم تكن دعوى على عليه السـلام درع طلحه من موارد المحـاكمه، كمـا ذكرنـا سابقـاً، ويشـير إلى ذلـک مـا فى ذيل الحـديث: «ويلـک أو ويحک انّ إمام المسـلمين يؤمن من أمورهـم على ما هو أعظم من ذلک»، واعتراضه عليه السـلام كان مبنياً على عـدم جعل شـريح شـهاده الواحـد مع يمين المدعى ميزان القضاء ولو فى دعوى الدين، كما يظهر ذلک من استشـهاده عليه السلام بقضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله .

نعم يمكن أن يقال: إنّ فى صـحيحه عبـدالرحمان بن الحجاج دلاله أو اشاره إلى عـدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال وهو أنّه عليه السـلام قـد ذكر فى ردّ حكم بن عـتيبه وسـلمه بن كهيـل قول اللّه:«وَأَشْـهِدُوا ذَوَىْ عَـدْلٍ مِنكُمْ»(۲) هو أن لا ـتقبلوا شهاده واحد مع اليمين(۳).

وحاصل جوابه عليه السـلام : أنّ اللّه قد أمر بأخذ شاهدين عدلين فى تحمل الشهاده بالطلاق أو النكاح لا فى مقام ادائها ويمكن أن يتعيّن فى مقـام التحمـل الشاهـدين ولا ـ يعتبر فى مقـام الاـداء لاحتمال أن يكون حكمه التعـدد فى التحمل لأجل أنّه لو نسـى أحـدهما الشـهاده يكون الآخر على ذكر منها، وعلى ذلک فلوكان اعتبار شـهاده الواحـد مع يمين المـدعى مختصاً بالـدين لكان الأنسب أن يذكر عليه السلام فى الردّ عليهما بأنّ الآيه ناظره إلى الطلاق أو النكاح واعتبار شهاده الواحد واليمين يختص بالدين.

ص :۲۴۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۹۴:۶.

۲- (۲) الطلاق: ۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴

....

الشَرح:

لا يقال: آيه التداين بقرينه ما فيها من ذكر وجه اعتبارالمرأتين مع الرجل من قوله سبحانه: «أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى»(١) ظاهرها عدم اعتبار شهاده الواحد ويمين المدعى فى الدين أيضاً.

فإنّه يقال: لا دلاله فى الآيه المباركه أيضاً على عدم سماع شهاده الواحد مع يمين المدعى إذا لم يمكن فى مقام الاداء شهاده رجل وامرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور اطلاقى يرفع اليد عنه بما ورد فى قضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله بهما، كما يدل عليه ما ورد فى معتبره داود بن الحصين(٢) وغيرها ممّا تقدم.

والحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الإلتزام بثبوت الدعوى فى حقوق الناس كافةً بشهاده الواحد ويمين المدعى، إلّا إذا تم فى مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره فى الجواهر أيضاً. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لايخلو عن المناقشه، فإنّه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جمله من الحقوق غير الماليه كدعوى الوكاله فيما كان غرض المدعى المطالبه بالأُجره، وكذا دعوى الوصايه فيما كان غرض المدعى الأكل بالمعروف، ودعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الارث أو النفقه إلى غير ذلك.

وإن كان مرادهم أن يكون المدعى به فى نفسه مالاً فلاوجه فى خلافهم وترددهم فى ثبوت النكاح، ودعوى الوقف بهما. ثمّ إنّ الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق اللّه التى يدخل فيها الحدود ومع التردد فى مورد أنّه من حقوق الناس أو حقوق اللّه يرجع فيه إلى الأصل ومقتضاه عدم اعتبار شهاده الواحد، ويمين المدعى بينه، لو لم

١- (١) البقره: ٢٨٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٣۵: ٢۶۵.

ويشترط شهاده الشاهد أوّلاً، وثبوت عدالته ثم اليمين[۱] ولو بدأ باليمين، وقعت لاغيه، وافتقر إلى اعادتها بعد الإقامه.

الشَرح:

نقل بظهور البيّنه فى خصوص شهاده العدلين من مثل قولهم عليهماالسلام : «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»(۱)، وإن قولهم: واليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعى فى القضاء.

[۱] المنسوب إلى المشهوربل نفى الخلاف فيأنّه يعتبر فى ثبوت الدعوى بشاهد ويمين وقوع اليمين بعد شهاده الشاهد وثبوت عدالته، فإنّه وإن لا يعتبر الترتيب بين شهاده الشاهد وثبوت عدالته إلاّ أنّه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعيأوّلاً وقع لغواً، فعليه اعاده اليمين بعدهما، ونسب فى كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

ويستدلّ على ذلك بوجوه بعضها استحسانيه، كالمذكور فى المسالك بأنّ وظيفه المدعى اثبات مدّعاه بالبينه ولو بدأ بشهاده الواحد تنقص البينه ويكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإنّ الحلف ليس من البدء بما هو وظيفه المدعى فلا يعتبر.

وفيه أنّ النص قد دلّ على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين ولم يعتبر فيه تقديم الشهاده فتكون وظيفه المدعى اقامه البينه ومع عدمها الشاهد واليمين، نظير ما ورد من أنّ على المدعى فى دعواه المال شهاده رجلين أو شهاده رجل وامرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهاده الرجل قبل شهاده المرأتين.

وذكر فى كشف اللثام أنّ اليمين تكون حجه المدعى إذا قوى جانبه، ومع حصول شهاده العدل الواحد أوّلاً يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أنّ اليمين تثبت بها الدعوى بمجرّدها إذا قوى جانبه بنكول المنكر. وفيه أنّ ماذكر مجرّد دعوى

۱- (۱) المستدرک: ۱۷، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۴: ۳۶۸.

....

الشَرح:

لم يشهد بهاشىء من الروايات.

نعم قد يذكر أنّه قد ورد فى الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهره فى اعتبار وقوع الشهاده قبل اليمين.

وفيه: أنّ الوارد فى جمله منها عطف يمين المدعى على شهاده رجل واحد بالواو العاطفه أو بلفظ مع ولا دلاله لهما على الترتيب بل فى روايه عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آبائه: «أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قضى باليمين مع الشاهد الواحد»(۱)، وروايه العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «انّ جعفر بن محمد عليهماالسلام قال له أبوحنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد».(۲)

وقد يذكر فى وجه تقديم شهاده الواحد أنّه لا اطلاق فى روايات الباب، فإنّها وارده فى مقام نفى حصر ثبوت الدعوى بالبينه، وإنّه يكفى فى القضاء فى الدين أو الحق المالى شهاده الواحد ويمين المدعى، ولذا لم يذكر فيها تمام مايعتبر فى ثبوت الدعوى بهما، وإنّ الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعى من اقامه البينه.

وفيه: أنّه لاـ قرينه فى البين على كون تمام الروايات مهمله، مع أنّ الأصل فى كل خطاب كون المتكلم به فى مقام البيان من جهه قيود الموضوع والحكم، وفى صحيحه أحمد بن محمد ابن أبى نصر البزنطى قال: «سمعت الرضا عليه السلام يقول: قال أبوحنيفه لأبى عبداللّه عليه السلام تجيزون شهاده واحد ويمين؟ قال: نعم قضى به رسول اللّه صلى الله عليه و آله وقضى به على عليه السلام بين أظهركم».(۳)

فإنّه وإن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، ولكن لا مجال لدعواه فى مثل صحيحه منصوربن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقضى بشاهد واحد مع

... .

الشَرح:

یمین صاحب الحق»(۱)، ومعتبره داود بن الحصین عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن شهاده النساء فی النکاح بلا رجل معهنّ إلی أن قال: فقلت: أنی ذکر اللّه تعالی قوله: «فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ»(۲)، فقال: ذلک فی الدین إذا لم یکن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ویمین المدعی إذا لم یکن امرأتان، وقضی به رسول اللّه صلی الله علیه و آله وأمیرالمؤمنین علیه السلام بعده عندکم».(۳)

وبالجمله: التأمّل فی اعتبارتقدیم الشهاده بل منع اعتباره، کما عن صاحب المستند هو الأظهر، ولیس المراد من یمین علی صدق الشاهد فیما شهد حتی لایکون للحلف موضوع قبل الشهاده، بل المراد الیمین علی أنّه حقه ثابت، وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله أجاز شهاده النساء مع یمین الطالب یحلف باللّه أنّ حقّه لحق»(۴)، وظاهر الحلف علی ثبوت حقه لا الحلف علی صدق الشاهد فیما وقع منه من الشهاده.

نعم فی المقام کلام، وهو أنّ یمین المدعی تقوم مقام الشاهد الآخر، بحیث تکون الیمین احد جزئی المثبت للحق، أو أنّ مثبته شهاده الشاهد ویمین المدعی شرط فی شهادته ویتفرع علی الأوّل أنّ الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها یغرم نصف المال، وعلی الثانیأنّه یغرم تمام المال، لکن ظاهرالروایات کون الیمین احد جُزءَی المثبت للحق، خصوصاً بملاحظه معتبره داود بن الحصین، حیث إنّ ظاهرها قیام الیمین مقام شهاده المرأتین القائمه شهادتهما مقام شهاده عدل آخر من البیّنه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۲:۱۹۳.

۲- (۲) البقره :۲۸۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵:۲۶۵.

۴- (۴) المصدر نفسه :الباب ۱۵ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۳:۱۹۸.

ويثبـت الحكـم بـذلك فى الأمـوال [١]: كالـدين والقرض والغصب، وفى المعاوضـات: كـالبيع، والصـرف، والصـلح، والاجـاره، والقراض، والهبه، والوصـيه له، والجنايه الموجبه للـديه: كالخطاء، وعمـد الخطاء، وقتل الوالـد ولـده، والحر العبد، وكسـرالعظام، والجـايفه والمـأمومه، وضـابطه ماكـان مالاً، أو المقصود منه المال، وفى النكاح تردد أمّا الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتـدبير والكتابه والنسب والوكاله والوصـيه إليه وعيوب النساء، فلا. وفى الوقف اشـكال، منشأه النظر إلى من ينتقل إليه، والأشـبه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

الشَرح:

[١] ظاهر كلام الماتن قـدس سـره أنّه يثبت بشـهاده عـدل واحـد ويمين المـدعى ما إذا كان نفس المـدعى به مالاً أو أمراً يكون المقصـود بـذلك الأـمر عنـد النـاس دعوى تملـك المـال عينـاً أو دينـاً أو منفعه، كـدعوى الـبيع، والوصـيه له، والهبه، والقرض، والغصب فى مال تالف أو غيره، والجنايه الموجبه للديه، والأرش، ودعوى الإجاره، وغيرها ممّا يعبر عنها بالحقوق الماليه.

وأنّه لا يثبت بهما ما يكون المدعى به أمراً لا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس المال وان ترتب عليه تملك المال، كما فى دعوى الخلع والطلاق والرجعه والتـدبير والكتابه والنسب والوصـيه إليه و عيوب النساء وقـد تقدم أنّ هذا القول هو المنسوب إلى المشـهور، وفى مقابل ذلك اختصاص الثابت بشـهاده الواحـد ويمين المدعى بموارد دعوى الدين وعموم الثبوت بهما مالم يكن من حـدود اللّه سـبحانه وأن يطلق عليه حق الناس، كـدعوى القـذف، أو كان مثل رؤيه الهلال ممّا لا يكون فيها دعوى حق على الغير، أو كان فيها هذه الدعوى، ولكن قام دليل خاص أو اجماع على عدم اعتبار شاهد ويمين فيها.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ كل مورد تشرع فيه ردّ يمين المنكر على المدعى

ولايثبت دعوى الجماعه مع الشاهد، إلاّ مع حلف كلّ واحد منهم [۱] ولوامتنع

الشَرح:

تثبت الـدعوى فيه بشـهاده الواحد ويمين المدعى، حيث إنّ الظاهركون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعى الذى له شاهد واحد، وعلى ذلك فالأمر فى المسأله دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أقول: لم يظهر أنّ يمين المدعى مع شـهاده الواحد دائر مدار جواز ردّ اليمين، وقد تقدم أنّ طائفه من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهمـا بالـدين، ولكن فى مقابلها صـحيحه محمـد بن مسـلم عن أبى جعفر عليه السـلام (۱) من ثبوت حقوق النـاس بهمـا، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الـدين كما ذكرنا انصـراف الحق إلى الـدين فى الروايات الوارده فى ردّ اليمين على المـدعى، وبين أن يحمـل مـا ورد مـا ظـاهره الاختصاص بالـدين على أنّ القضاء الواقع بشاهـد ويمين من رسول اللّه صلى الله عليه و آله قد وقع فى الدين لا أنّه يختص الثبوت بهما بالدين. وقد ذكرنا أنّه يمكن اسـتظهار ثبوت المال بهما ولو كان عيناً من صحيحه عبدالرحمان ابن الحجاج(۲)، بل ما يكون المقصود منه مالاً.

وقـد ظهر ممّا ذكرنا أنّ التردد فى دعوى النكاح لا وجه له فإنّه ربّما يكون غرض مدعيه المال كما فى فرض موت أحد الزوجين إلاّ أنّ المقصود من النكاح عند الناس هوالزوجيه لا المال، نظير دعوى الوصايه إليه، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] لو ادعى جماعه مالاً مشتركاً بينهم بسبب واحد كالإرث واقاموا شاهداً واحداً فلا يكفى فى ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهاده الشاهد لهم، بل يعتبر فى ثبوتها حلف كلّ واحد منهم، لأنّ الدعوى المزبوره وان كانت بحسب الصوره واحده، إلاّ أنّ كلًا منهم مدعٍ بالاضافه إلى حصته من ذلك المال، والشاهد الواحد يشهد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۹۶:۱۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۹۴:۶.

البعض، ثبت نصيب من حلف دون الممتنع ولايحلف من لايعرف مايحلف عليه يقيناً،

الشَرح:

بالحصه لكلٍّ منهم ، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

ووحده السبب لا توجب الإكتفاء بحلف واحد فإنّه مضافاً إلى ما تقدم من أن الثابت بشهاده الواحد ويمين المدعى المال دون السبب ان السبب فيه أيضاً انحلال، فثبوته بالإضافه إلى بعض لا يلازم ثبوته بالإضافه إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادى من كفايه حلف واحد من بعضهم، وإلاّ فلايثبت حقّ الحالف أيضاً بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعده عليه، بل المحكى فى كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربّمايحتمل أن تثبت حصه كلّ منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف وليّاً عليهم أو وكيلاً عنهم فى الدعوى، ولكنّه أيضاً لا يخلو من تأمل، وقد تقدم جوازحلف الولى بل الوكيل فى الدعوى مع علمه بالحال.

وعلى ذلك ففيما حلف البعض وامتنع الآخرون تثبت حصه الحالف ولو باعها من المدعى عليه وأخذ ثمنها فلاينبغى التأمل فى عدم شركه الممتنعين عن الحلف فى الثمن المزبور، لأنّ المبيع هو الحصه، وكذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أمّا إذا أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، فى المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، فى المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطلان القسمه مع غير المالك.

وبالجمله: فالمقدار المأخوذ مال مشترك باعتراف الحالف، كما أنّ الباقى من العين عند المدعى عليه باقٍ على الإشاعه بين الجميع.

وأمّا إذا كان المدعى به ديناً على عهده المدعى عليه تتعيّن حصته فى المأخوذ، لأنّ الدين إنّما يتعيّن بما فى الخارج بقصد الدافع وإذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملك الحالف، وتبقى حصه الآخر على ذمّته.

....

الشَرح:

لا يقال: كيف يختص الـدين بالمدفوع إليه الحالف ولا يشترك فيه سائر الورثه مع أنّ الأصـحاب ذكروا عدم جواز قسـمه الدين المشترك قبل أخذه واسـتفادوا ذلك من الروايات الوارده من أنّ التالف من الدين يذهب على كل الشركاء والواصل منه يكون مشتركاً بينهم ولو مع قسمه الديان، وفى موثقه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام : «فى رجلين بينهما مال منه بايـديهما ومنه ما غائب عنهما فاقتسـما الـذى بايـديهما واحتال كل واحد منهما بنصـيبه فقبض احدهما ولم يقبض الآخر قال ما قبض احدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» وقريب منها غيرها.

فإنّه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنين مالاً بـذمه الواحـد أو المتعدد واقتسـما ذلك الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ ما لنا ما فى ذمه فلان من الدين المشترك لك وما على عهده الآخر لى، أو قال مايؤخـذ من المـديون من القسط الأول من الـدين لك والقسط الثانى لى، وكان دفع المـديون وفاءً لما عليه من الدين لهما، وفى مثل ذلك لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطلان القسمه أو انحلالها بتلف البعض.

أمّا إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع ولا يدخل فى المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن الحلف، وكأنه اتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ امتناع المـدعى مع الشاهـد الواحـد عن الحلف، ليس كامتناعه عن اليمين المردوده عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردوده يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضى ببراءه ذمه المدعى عليه، فلا يفيده الظفر بعد ذلك بالبينه، على

ولايثبت مالاً لغيره[۱]، فلو ادّعى غريم الميّت مالاً ـ له على آخر، مع شاهد فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم وكذا لو ادّعى رهناً، وأقام شاهداً أنّه للراهن لم يحلف لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

الشَرح:

ما تقدم، وهذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث إنّ يمينه في المقام إقامه المثبت لدعواه كإقامه البينه وامتناعه عن إقامه البينه ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر والرضا بيمينه، فيكون امتناعه عن الحلف بلاطلب اليمين عن المنكر من ايقاف الدعوى، ولو ظفر بعد ذلك بشاهد آخر أو أنّه مات وقام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصه مورثه جاز.

[۱] ذكر قدس سره اعتبار أمرين في الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأوّل: كون المحلوف عليه امراً يقينياً سواء أكان الحلف على النفي أم الإثبات وسواء أكانت اليمين مردوده أم غيرها.

الثاني: أنّه يعتبر في الحلف أن لايكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير وإن تعلّق حقه به، ولأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأوّل، عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه في كتابته أو كتابه مورثه مع احتمال كونه بلا ـ موجب أو نحو ذلك مما لايكون حجّه معتبره فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهره في اعتبار علم الحالف وأنّه لا ـ يمين إلاّ ـ على العلم، وإن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتماداً على الحجج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنّها علم بالواقع فلا يمكن المساعده عليه كالاستصحاب، حيث مفاد خطاب اعتباره أنّ اليقين بالحاله السابقه يقين ببقائها وأنّ اليقين السابق يعتبر علماً بالبقاء، نعم لا ـ يجوز الحلف اعتماداً على مثل اصاله البراءه مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهري.

....

الشَرح:

وما عن صاحب الجواهر من الاستشكال فی جواز الحلف اعتماداً علی الاستصحاب بل تقویته عدم الجواز فیه تأمل، وقد تقدم جواز الحلف اعتماداً علی قاعده الید و وروده فی معتبره حفص بن غیاث.

وأمّا ما ذکر من الأمر الثانی وهو عدم جواز الحلف علی المال للغیر سواء أکان عیناً أم علی العهده فقد نسب ذلک إلی الشهره، وعن کاشف اللثام جواز حلف الولی علی المال للمولی علیه.

ویستدل علی عدم الاعتبار بما فی الرّوایات فی ثبوت الحق بشاهد ویمین صاحب الحق کما فی معتبره منصور بن حازم(۱)، ویمین صاحب الدین کما فی صحیحه محمد بن مسلم(۲)، مع أنّ الأصل عدم ثبوت الدعوی وعدم نفوذ القضاء بغیر یمین صاحب الحقّ.

ولکن الأظهر عدم الفرق فی الحلف سواء أکانت الیمین مردوده أم مع الشاهد بین کونه علی المال للحالف أو للغیر فیما إذا تعلّق للحالف الحق بذلک المال أو بدعواه، کما فی الولی والوکیل فی الدعوی.

و ما ذکر من الروایات وإن کان ظاهرها حلف من یدعی أنّه مالک المال، إلاّ أنّها لا تصلح لتقیید الاطلاق فی البعض الاُخری کصحیحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهاده رجل ویمین المدعی»(۳)، وصحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام : «لو کان الأمر إلینا أجزنا شهاده الرجل

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۲:۱۹۳.
۲- (۲) المصدر نفسه: الحدیث ۵ و ۱۱:۱۹۵.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۱:۱۹۵.

ولو ادّعى الجماعه مالاً لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم تثبت الدعوى [۱] وقسم بينهم على الفريضه ولوكان وصيّه قسّموه بالسّويّه، إلّا أن يثبت التفضيل وإن امتنعوا لم يحكم لهم، ولو حلف بعض أخذ، ولم يكن للممتنع معه شركه، ولو كان فى الجمله مولى عليه، يوقف نصيبه فإن كمل ورشد حلف واستحقّ، و إن امتنع لم يحكم له و إن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه.

الشَرح:

الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم».(۱) وصحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ترد اليمين على المدعى».(۲)

والوجه فى عدم صلاحها للتقييد كون الغالب فى المدعى بالمال صاحبه فلاتمنع عن الأخذ بالاطلاق فى الطائفه الثانيه مع أنّه لا تنافى بين الاطلاق والتقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

والحاصل: أنّ مع الاطلاق لا تصل النوبه إلى الأصل العملى، أضف إلى كل ذلك صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج الوارده فى اعتراض علىّ عليه السلام على قضاء شريح فى درع طلحه(۳)، مع أنّ الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالك بناءً على ما ذكروا من توجه اعتراضه عليه السلام إليه فى قضائه المفروض فى الروايه.

[۱] ثمّ انّ الماتن قدس سره قد فرع على الأمر الثانى فروعاً:

الأوّل: ما إذا ادّعى غريم الميت يعنى الدائن عليه مالاً للميت على آخر، وكان له شاهد، فإنّه لا يحلف الدائن على ذلك المال للميت على الغير وان يصحّ له طرح الدعوى على الغير لتعلّق حقه بذلك المال مطلقاً او مع امتناع الوارث عن المخاصمه مع ذلك الآخر على ما تقدم والحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

۱- (۱) المصدرنفسه: الحديث ۱۲:۱۹۶.

۲- (۲) المصدرنفسه :الباب ۷ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۳:۱۷۶.

۳- (۳) المصدر نفسه:الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶:۱۹۴.

مسائل خمس: الأولى: لو قال: هذه الجاريه مملوكتى وأَم ولدى حلف مع شاهده ويثبت رقيتها[۱] دون الولد لأنّه ليس مالاً ويثبت لها حكم أُم الولد بإقراره.

الشَرح:

أقول: قد تقدم الكلام فى ذلك فلا نعيد.

الثانى: مالو ادعى على الآخر أنّ المال الموجود بيده ملك الغير وانّه قد رهن عنده بالدين له عليه فانّه لا يجوز له ان يحلف على انّ المال للمديون لأنّ حلفه يكون لثبوت المال للغير.

الثالث: ما إذا ادعى جماعه أنّ المال بيد الآخر أو عهدته لمورثهم واقاموا شاهداً واحداً فانّهم يحلفون مع الشاهد ويقتسمون المال على اسهم الإرث ولو ادعوا أنّه وصيه لهم يقتسمونه بالسويه مع عدم ثبوت القرينه على التفصيل ولو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفين أسهمهم ولايشارك الممتنع فى المأخوذ، ولو كان فى جمله الجماعه قاصر لا يحلف وليه، لأنّ حلفه للغير، بل يأخذ غيره سهمه، ويوقف الدعوى بالاضافه إليه، وينتظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعى عليه، وإن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إنّ الحالف فيما أخذ العين المدعى بها كلًا أو بعضاً يشترك فيه الجميع لبطلان القسمه مع غيرالمالک مع اعتراف الحالف بأنّ المال على الاشاعه بين الجميع، وذكرنا فى المقام عدم الفرق بين الولى وغيره فى جواز الحلف، بل لا يجوز فى الفرض للولى ايقاف الدعوى بامتناعه عن الحلف لأنّه من تضييع مال المولى عليه.

[۱] لو كانت بيد زيد جاريه وادعى آخر عليه أنّ الجاريه مملوكته وأنّها أم ولده واقام شاهداً وحلف أنّها أم ولده فلا ينبغى التأمل فى أنّه يثبت بهما أنّها مملوكته، وأمّا ولدها فيبقى فى يد زيد؛ لأنّ مدعى الجاريه لم يدع ملكيه الولد له، بل ادعى النسب، وهو على ما تقدم لايثبت بشاهد ويمين. نعم لا يجوزللمدعى بيع الجاريه أخذاً

الثانيه: لو ادّعى بعض الورثه أنّ الميّت وقف عليهم داراً[١] وعلى نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم، قُضى لهم وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدعين وقفاً ولو حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقيطِلقاً، يقضى منه الديون ويخرج الوصايا وما فضل ميراثاً ومايحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً.

الشَرح:

بإعترافه بأنّها أم ولد يترتب عليها حكمها من عدم جواز البيع وغيره.

والمتحصل: أنّه يبقى الولد بيد المدعى عليه، فيحكم بكونه ملكاً له، أخذاً بمقتضى يده عليه. نعم إذا انتقل ذلك الولد إلى المدعى بالارث من ذى اليد أو المصالحه أو غيرهما يحكم بكونه حراً، أخذاً على المدعى باعترافه السابق، وربّما يناقش فيما ذكر ببعض الاعتراضات، ولا ثمره مهمه للتعرض لها.

[١] لو ادعى بعض الورثه أنّ الدار الفلانيه التى كانت لمورثهم قد وقفها المورث عليهم وعلى نسلهم، كما هو مقتضى الوقف الخاص وأقاموا شاهداً واحداً، فإن حلفوا قضى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميت من غيرها، كمايخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركه الباقيه بعداداء الدين ويقسم باقى التركه على جميع الورثه على اسهم الارث، ولولم يكن له تركه غيرالدار فهو ممن لاتركه له، فلاموضوع لاخراج ديونه ووصاياه وارثه، وإذا امتنع مدعى الوقف عن الحلف مع الشاهد بأن لم يحلف من المدّعين بالوقف حتى واحد منهم تدخل الدار المزبوره فى تركه الميت فيخرج منها ديونه ويصرف من ثلثها وصاياه ويكون الباقى لجميع الورثه المدّعين بالوقف وغيرهم على اسهم الارث، غايه الأمر يؤخذ المدعون باقرارهم بأن الدارليست من الملك المطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

ولو لم يكن للميت مال آخر غير تلك الدار وحلف بعض المدعين بالوقف عليهم دون البعض الآخر كما إذا كانوا أربع اخوه وادعى اثنان منهم الوقف عليهما

ولو انقرض الممتنع، كان للبطن التى تأخذه بعده[۱] الحلف مع الشاهد، ولايبطل حقّهم بامتناع الأوّل.

الشَرح:

وأقاما شاهداً واحداً وحلف احدهما وامتنع الآخر يثبت الوقف فى نصف الدار كما هو تقضى ادعائهما أن تمام الدار وقف عليهما حيث إنّ مقتضاه كون كلّ منهما مدعياً بأنّ نصف الداربنحو الإشاعه وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخروينفذ وصاياه من ثلث الباقى من بعد اداء الدين ويجعل ثلثى الباقى من النصف ثلاثه اسهم سهمان منه لغير المدعيين وسهم للمدعى غيرالحالف نعم يؤخذ غيرالحالف باقراره بأنّ ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلاً يكون الدار المزبوره اثنى عشر سهماً، وبحلف احد المدعيين يثبت له سته اسهم وهى نصف الدار، وتبقى سته أسهم، وإذا صرف ثلاثه من السته الباقيه فى ديون الميت و وصاياه يبقى ثلثه اسهم، سهم واحد للممتنع عن الحلف وسهمان للآخرين.

ولكن ظاهر المصنف قدس سره كجماعه من الأصحاب أن الباقى بعد اخراج الدين و وصاياه يقسم على جميع الورثه حتى الحالف، ولايمكن المساعده عليه، فإنّ الحالف معترف بأنّه لا سهم له من الباقى، وأنّه ليس له من الدار إلّا نصفها حيث إنّها وقف عليه وعلى اخيه والمنكرين للوقف وإن يعترفون بإرث الحالف إلّا أنّه يقولان بأنّ سهمه أقل من النصف.

[۱] ذكر قدس سره أنّه إذا إنقراض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذييصيرحصه الممتنع إليه الحلف على الوقفيه، فتأخذ الحصه بتمامها، لأنّ امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف فى النصف الثانى من الدار.

أقول: فى المسأله فرضان:

الأوّل: أن يكون بعض الاخوه ممن لم يدع الوقفيه كان منكراً للوقفيه على

الثالثه: إذا ادّعى الوقفيه عليه وعلى أولاده، بعده وحلف مع شاهده تثبت الدعوى، ولايلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه، لأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده وكذا إذا انقرضت البطون، وصار إلى الفقراء أو المصالح، وأمّا لو ادّعى التشريک بينه وبين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين[۱] لأنّ البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الشَرح:

المدعين بها وبما أنّه ثبتت دعوى الوقفيه فى نصف الدار بشاهد ويمين حلفوا على نفى الوقفيه، وفى هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفيه بالاضافه إلى نصفها الآخر، غايه الأمر من انتقلت إليه حصه الممتنع عن الحلف من نصفها لاعترافه بالوقف ايضاً يلزم باقراره به بالاضافه إلى تلک الحصه التى فرضنا أنّها الواحد من ثلاثه.

الثانى: أن يكون جريان حكم التركه على نصف الدارلإ يقاف الدعوى و عدم مطالبه الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أنّ البعض لم يكن منكراً للوقفيه ولامقراً بها، كما إذا قالوا لانعلم الحال، وفى هذا الفرض يمكن أن يقال بأنّ للبطن اللاحق من نسل الممتنع أن يحلف على الوقفيه ويأخذ النصف الثانى من الدار، ولكن قد يناقش فى هذا أيضاً بأنّه لامورد لحلف البطن اللاحق، لأنّ الحكم بالوقفيه فى النصف الثانى يكون من الوقف المنقطع الأوّل.

ولكن لا يخفى أنّ الشاهد واليمين تثبتان الوقفيه من الأوّل كاثبات البينه، حيث إنّ الوقف تمليكى فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار وماتلف من منافعها فى يد الآخرين مما كان ملكاً للممتنع عن الحلف، اللّهم إلّا أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان اسقاطاً لاحترام تلک المنافع فلايضمن الآخرين عليه بها.

[۱] ذكر فى الجواهر أنّه إذا انقرض الحالف وصار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأنّ الوقف ثبت بالاضافه إلى الحالف الماضى والبطن اللاحق لا يتلقى الملک من السابق كما فى الإرث ليكفى فى الانتقال

الدعوى فلوادّعى ثلاثه إخوه، أنّ الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد، ثمّ صار لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أرباعاً ولا تثبت حصه هذا الولد مالم يحلف، لأنّه يتلقى الوقف، عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ويوقف له الربع، فإن كمل وحلف أخذ.

وإن امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الإخوه، لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم، وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع ولو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأنّ الوقف صار أثلاثاً، وقد كان له الربع إلى حين الوفاه فإن بلغ وحلف اخذ الجميع وإن ردّ، كان الربع إلى حين الوفاه لورثه الميت والاخوين والثلث من حين الوفاه لأخوين وفيه أيضاً اشكال كالاوّل.

الشَرح:

إلى اللاحق ثبوت الملك للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم فى ثبوت الوقف بالاضافه إليه الحلف.

وفيه: أنّ الوقف وإن ينحل بالاضافه إلى الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد وعمرو ومن بعدهما على اولادهما نسلاً بعد نسل فيكون نصفها وقفاً لزيد ونصفها الآخر لعمرو، إلاّ أنّ الوقف لا ينحل إلى التعدد بالاضافه إلى البطون التاليه، ولذا يكفى فى تحقق القبض قبض البطن الموجود وعلى ذلك وكما أنّ مع البينه بالوقف تثبت الوقف التمليكى وكذلك بشاهد ويمين، وقد تقدم عدم صحه ما بنوا عليه الحكم فى امثال المقام من أنّ الحلف على ملك الغير غير صحيح، فإنّ ظاهر الروايات أنّ الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البينه وتثبت بها الدعاوى الماليه أو غيرها أيضاً كثبوتها بالبينه و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعياً ولايه أو وكاله.

والظاهر عدم الفرق فى عدم الحاجه إلى الحلف من البطن اللاحق سواء أكان

الرابعه: لو ادّعى عبـداً وذكر أنّه كان له وأعتقه[١] فأنكر المتشـبث قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه وهو بعيد لأنّه لايدّعى مالاً.

الخامسه: لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهـداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ، حلف وحكم له[٢] وإن كان عمداً موجباً للقصاص، لم يثبت باليمين الواحده وكانت شهاده الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامه.

الشَرح:

الوقف بالاضافه إلى البطن اللاحق على وجه التشريك أم بنحو الترتب وانقضاء البطن الموجود.

[١] لو كان بيد شخص عبداً فادّعى عليه آخر أنّ العبد المزبور كان له وانّه اعتقه فهو حر واقام بذلك شاهداً فهل يثبت كونه حراً بحلف المـدعى مع ذلك الشاهـد الواحد؟ قال الشـيخ قدس سـره نعم؛ لأنّ الملك السابق يثبت بشاهد ويمين فيحكم بكونه حراً أخـذاً عليه بـإقراره، ولكن لا ـ يخفى مـا فيه لعـدم تحقق الـدعوى على الغير فى الفرض ليقال بثبوتها بشاهـد ويمين. ودعوى ولاء العتـق ممـا لا ـيثبت بشاهـد ويمين، كمـا هو المفروض. نعم إذا كـان المـدعى المزبورعـدلاً، وشـهد معه آخر بمـا ذكر يثبت عند الحاكم كونه حراً غير مملوك، فيأخذه ويخلى سبيله بناءً على ترتب ولاء العتق لا يوجب ردّ شهادته.

[٢] لو ادّعى أن فلاناً قتل مورثه خطأً أو بنحو شـبه العمـد، وأقام شاهداً واحداً وحلف على القتل تثبت الديه على العاقله فى الأول وعلى القاتل فى الثانى فإن الـديه مايثبت بشاهد ويمين. بخلاف ما إذا ادعى عليه القتل عمداً واقام شاهداً، فإنّه لا يثبت القصاص بشاهد ويمين، بل وجود شاهد واحد يوجب اللوث، فيثبت القتل العمدى فى المورد بالقسامه.

....

الشَرح:

لا يقال: بناءً على ثبوت حق الناس بشاهد ويمين يثبت القصاص، فإنّه من حق الناس.

فإنّه يقال: لا يثبت القصاص بشاهد ويمين ولو كان من حق الناس، فإن ذلك مقتضى ما ورد فى ثبوت القتل بالبيّنه، ومع عدمها فى مورد اللوث على المدعى عليه بالبينه بالنفى ومع عدمها تعتبر القسامه، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك بالاضافه إلى القتل خطأً او شبه الخطأ، فيعتبر فى ثبوت الديه على العاقله أو على القاتل القسامه، ولا يكفى مجرد شاهد ويمين. وتمام الكلام فى كتاب القصاص و الديات، ان شاء اللّه تعالى.

خاتمه

تشتمل على فصلين

الأوّل

فى كتاب قاض إلى قاض

إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إمّا بالكتابه أو القول أو الشهاده.

أمّا الكتابه فلا عبره[١] بها لإمكان التشبيه.

الشَرح:

[١] قد يتحقق القضاء وفصل الخصومه عن قاض وينهى القاضى المزبور ويبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به ايضاً، وربّما يكون الداعى إلى ذلك عدم تجديد المخاصمه عنده، او تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنّه قد حكم للمدعى مع غياب المدعى عليه، وحيث إنّ الغائب على حجته ويمكن له إقامه الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه فى الواقعه المرفوعه إلى القضاء قبل ذلك.

والإبلاغ والإنهاء يكون على وجوه:

الأوّل: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثانى بصوره حكمه وانّه قد حكم فى الواقعه الفلانيه للمدعى المزبور على فلان ويذكر اسمه و رسمه بكذا وكذا ولاسيّما أن يذكر مدرك قضائه من شهاده العدلين أم شهاده واحد ويمين المدعى أو غير ذلك.

الثانى: أن يذكر الحاكم الأول للثانيأنّه قد حكم فى الواقعه الفلانيّه المرفوعه إليه و يذكر خصوصياتها بكذا و كذا.

الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهاده الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

وأمّا القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف، انّه لا يقبل.

الشَرح:

أما الإبلاغ و الإنهاء بالكتابه فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أكان فى البين شهاده شاهدين أنّه كتابته ام لا، وسواء أكان الكتاب مختوماً بخاتمه ام لا؛ لأنّ الكتابه تحتمل التزوير وعدم القصد بما رسّمه، وفى موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد ولا فى غيره حتى وليت بنو اميه فأجازوا بالبيّنات»(١)، ونحوها روايه طلحه بن زيد(٢)، خلافاً لأبى على، فجوّزها فى حقوق الناس دون حقوق اللّه تعالى. وعن الأردبيلى موافقته مع العلم بكتابته قاصداً لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثانى أنّ ما وصل إليه كتابه القاضى الأوّل وأنّه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها وبين أخباره بحكمه مشافهه و ما فى الروايتين محمول على صوره عدم احراز ذلك مع ضعف الثانيه سنداً.

وأمّا اخبار الحاكم بحكمه الحاكم الثانى، كما إذا قال له قد حكمت فى الواقعه الفلانيه لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ قدس سره فى الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر ولا يصلح سنداً للحكم من الحاكم الثانى و تردّد فيه الماتن قدس سره وإن قوّى القبول فيما بعد و سيأتى التعرض له.

وأمّا الحكم اعتماداً على البيّنه بالحكم من الحاكم الأول بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأول قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على فلان فقد ذكر الماتن قدس سره فى جوازه وجوهاً:

الأوّل: الحاجه إلى الحكم من الحاكم الثانيأو تنفيذه يقتضى ذلك، فإن الحقوق

وأمّا الشهاده فإن شهدت البينه بالحكم، بإشهاده إيّاهما على حكمه، تعيّن القبول لأنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجه إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده الشَرح:

لأربابها فى البلاد المتباعده أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيله فى رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنقل الشاهدين بأصل الحق فى البلاد متعسر أو متعذّر غالباً، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهاده الشاهدين بحكمه من أتم الوسيله.

لا يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثانى بوجه آخر، وهو شهاده الفرع على شهاده الأصل بالحق عند الحاكم الثانى ليكون انفاذه وحكمه من الحكم بالبيّنه.

فإنّه يقال: تعسّر التنقل أو تعذّره يجرى فى شاهدى الفرع أيضاً؛ لأن قبول شهاده الفرع يختص بالمرتبه الثانيه وشهاده المرتبه غير مقبوله عندهم بل شهاده الفرع بالمرتبه الثانيه ايضاً لا تكفى فى ثبوت كل الدعاوى كما يأتى.

الثانى: انّه لو لم تسمع الشهاده بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثانى بأصل الحق على البيّنه به عنده أو على الشهاده بالشهاده بالحق بالمرتبه الثانيه كمايعبر عنها بشهاده الفرع لبطل اقامه الحجج لذوى الحقوق مع تطاول الأزمنه، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثانى على قيام البيّنه عنده بالحق أو الشهاده بالشهاده به، وبتتالى الأزمنه يموت الحاكم الأول وشهود الحق أصلاً وفرعاً وتنقطع الحجه بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحجه بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أنّ حكمه به يتوقف على البينه عنده أو الإقرار أو اليمين المردوده، بل تبقى الحجه فى الأزمنه المتتاليه بحكم اللاحق بأنّ هذه الواقعه قد حكم فيها بكذا السابق عليه وان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهه أم بغيره حتى من

غالب، وتكليف شـهود الأصل التنقل متعذّر او متعسّـِر فلابدّ من وسـيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ولاوسـيله إلاّ رفع الأحكام إلى الحكّام وأتمّ ذلك احتياطاً ما صوّرناه.

الشَرح:

خصوصيات كتابه القاضى السابق كما تقدم أم بقيام البينه عنده بالحكم من الحاكم السابق.

وبالجمله: فمقتضـى ما تقـدم من لزوم التصـدى كفايه لإيصال حقوق الناس بعضـهم إلى بعض ونفوذ القضاء وعـدم جواز نقضـه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل.

ومما ذكرنا يظهر ضـعف ما ذكر الماتن قدس سـره فى الوجه الثالث، وهو أنّه لو لم تسـمع الشـهاده بالحكم اتصلت المنازعه بين المتخاصـمين فى خصومه واحـده حيث يمكن للمـدعى عليه فيهـا طرح الخصومه عنـد حـاكم آخر، ووجه الظهور ان مقتضـى ما تقـدم تنفيـذ الحـاكم الآـخر الحكم الصـادر عن الأـوّل لاـ الحكم فى تلك الخصومه ثانياً بثبوت الحق للمحكوم له بلا بينه عنـده بالحق.

الثـالث: انّ المتنـازعين لو اعترفـا بأنّ الحاكم قـد حكم فى واقعتهما بكـذا الزمهما الحاكم الثانى بالعمل على طبق حكمه، فتكون البينه بحكمه أيضاً كذلك، ومقتضى ذلك لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأوّل.

فتحصـل من جميع مـا ذكرنـا، أنّ إلزام الحـاكم الثـانى المحكوم عليه فى حكم الحـاكم الأوّل بالعمل عليه مشـروع بل لازم، فإنّه مقتضـى نفوذ ذلـك الحكم وعـدم جواز ردّه والإـلزام بالعمـل عليه داخـل فى الأـمر بالمعروف، وأنّ تنفيـذه من شؤون القاضـى والحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أكان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعيه حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب

لا يقال: يتوصل إلى ذلک بالشهاده على شهود الأصل، لأنّا نقول قد لايساعد شهود الفرع على التنقّل والشهاده الثالثه لا تسمع ولأنّه لو لم يُشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد ولأنّ المنع من ذلک يودّى إلى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده بأن الشَرح:

المحكوم له وأحرزه الحاكم وجداناً أو بشهاده الشاهدين.

لا- يقال: هذا خارج عمّا دل على نفوذ القضاء فى موارد المخاصمه، فإنّ مقتضاه القضاء فى مورد المنازعه لا فى ثبوت القضاء وعدمه.

فإنّه يقال: الغرض من القضاء انهاء الخصومه واستيفاء الحقوق، وهذا لايتم إلّا بحكم الثانى بثبوت الحكم عن الحاكم السابق وإلّا لاستمرت المنازعه، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له فى تلک الواقعه اعتماداً على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلًا عن نفوذه، فإنّه من القضاء بلا بيّنه ولاعلم منه.

ثمّ إنّ ظاهرالمصنّف قدس سره أنّه يعتبر فى حكم الحاكم الثانى بنفوذ الحكم الأوّل حضورشاهدى الحكم المخاصمه المرفوعه إلى الحاكم الأوّل وسماعهما الحكم باشهاده على حكمه، ولو كان حضورهما فى تلک الواقعه اتفاقياً، ولم يطلب منهماتحمل الشهاده فلا يعتبر شهادتهما. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لايعتبر فى سماع البينه إلّا الاخباربالواقعه المشهود بها عن حسّ، و عليه فلو لم يحضر إلّا انشاء نفس الحكم الصادرمن القاضى السابق بعد أن يستمعا المرافعه بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم.

بقى فى المقام أُمور:

منها: أنّه قد تقدم أنّه على الحاكم الثانى الحكم التنفيذى وانفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلک الحكم عنده بوجه معتبر، فإنّه مع ثبوته كذلک يكون الزام المتخاصمين بالعمل به داخلًا فى الأمر بالمعروف والمنع عن المنكر يعنى ردّ قضاء

....

الشَرح:

الحاكم الأوّل كما أنّ عليه الحكم التنفيذى لئلاّ تستمر المنازعه، أضف إلى ذلك: أنّ إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

وأمّا إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أنّ حق زيد على عمرو بكذا كان ثابتاً عند الحاكم الفلانى، أو أنّ الحاكم الأوّل ذكر لهما هذا الحق اخباراً فلامورد للحكم التنفيذى من الحاكم الثانى ولا للتنفيذ لعدم احرازالحكم من الأوّل، ومجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لايلازم ثبوته عند الحاكم الآخر ، بل يعتبر فى الحكم من الحاكم الآخر إقامه المدعى البينه بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردوده على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء فى الواقعه ثانياً بعد القضاء النافذ سابقاً.

ومنها: أنّه لو تغيّر حال الحاكم الأوّل بعدحكمه بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى انفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغير حاله بفسق، فإنّه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو وإلاّ فلاينفذ بل يتعين تجديد المرافعه عند الحاكم الثانى، وذكروا فى وجه الفرق انّ فسقه يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت والعزل ونحوهما وفى الفرق ما لا يخفى.

وهذا بالاضافه إلى تغيّر حال الحاكم الأوّل، وأمّا تغيّر حال الحاكم الثانى فلايقدح فى الحكم من الحاكم السابق، وكلّما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الانفاذ أو وجوبه.

ومنها: انّ قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأوّل فى حقوق الناس، فلا يشرع ذلك فى الحدود ونحوها من حقوق اللّه سبحانه، وذكر فى الجواهر بلاخلاف ، بل حكى غير واحد الاجماع عليه وهو الحجّه، لا ـ ما قيل من درء الحدود بالشبهه فإنّه لا تكون شبهه بعد قيام البينه.

يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفـذ الثانى ما حكم به الأوّل اتصلت المنازعه. ولأنّ الغريمين لو تصادقا إن حاكماً حكم عليهما، الزمهما الحاكم ما حكم الأوّل فكذا ما لو قامت البيّنه لأنّها تثبت ما لو اقرّ الغريم به لزم.

لايقال: فتوى الأصحاب أنّه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، و روايه طلحه بن زيـد والسكونى عن أبى عبدالله عليه السلام : أنّ علياً عليه السلام كان لايجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حدّ ولا فى غيره، حتّى وليت بنواميّه فأجازوا بالبيّنات.

الشَرح:

أقول: ما تقدم أنّ الالتزام بالقضاء التنفيذى لقطع المنازعه وعدم استمرارها فى طول الزمان، وهذا لا يجرى فى الحدود بل ذكرنا سابقاً أنّه لا مورد للقضاء فى الحدود، حيث إنّ موجب الحد مع احرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه اجراء الحد وإلّا فلا، وعلى ذلك فإن كان الحاكم الآخر وكيلاً فى اجراء الحد من الحاكم الذيثبت عنده موجبه، وإلّا فاستيفاء الحد اعتماداً على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

منها: ما ذكر من صوره الانهاء أن يخبر الشاهدان بما شهداه من الواقعه وما سمعا من الحاكم ويقولان أشهدنا الحاكم الفلانى، ولو أحالا ـ الحاكم الثانى على الكتابه وبعد قراءته الحاكم الثانى الكتاب لهما قالا اشهدنا الحاكم الفلانى بأنّه قد ذكر ما فى الكتاب كفى فى الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهاده بحكم الحاكم الأوّل فيما إذا لم يشهدا المرافعه قبل الحكم، ولا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعه والحكم جاز شهادتهما.

لأنّـا نجيب عن الأـوّل بمنع دعوى الإجماع، على خلاف موضع النزاع، لأنّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمـل بحكم الحاكم مع ثبوته ونحن نقول فلا عبره عنـدنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً و إلى جواز ما ذكرنا أو مأ الشيخ أبو جعفر رحمه الله فى الخلاف.

ونجيب عن الروايه بـالطعن فى سـندها فإنّ طلحه بتريٌّ والسكونى عامى ومع تسليمها نقول بموجبها فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلًا ولو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى.

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق اللّه.

ثمّ ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين والثانى إثبات دعوى مدّعٍ على غائب.

أمّا الأوّل :فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومه الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم واشهدهما على حكمه، ثمّ شـهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشـهادتهما حكم ذلك الحاكم، وانفـذ ما ثبت عنـده، لا أنّه يحكم بصـحه الحكم فى نفس الأمر إذا لا علم له بذلك بـل الفائـده فيه قطع خصومه الخصـمين لو عادوا المنازعه فى تلك الواقعه وإن لم يحضـرا الخصومه فحكى لهما الواقعه، وصوره الحكم، وسـمّى المتحاكمين بأسـمائهما وآبائهما وصـفاتهما واشهدهما على الحكم ففيه تردّد والقبول أولى لأنّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً.

وأمّا الثانى وهو إثبات دعوى المدّعى، فإن حضـر الشاهدان الدعوى وإقامه الشـهاده والحكم بماشـهدا به، وأشـهدهما على نفسه بالحكم، وشـهدا بـذلك عنـد الآخر قُبلها وأنفـذ الحكم، ولو لم يحضـرا الواقعه وأشـهدهما بما صورته: ادّعى على فلان بن فلان الفلانى كذا، وشـهد له بدعواه فلان وفلان ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما فحكمت أو أمضـيت ففى الحكم به تردّد، مع أنّ القبول ارجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

ص :٢۶۶

وشهاده الشهود، أمّا لو اخبر حاكما آخر، بأنّه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانى وليس كذلك لو قال حكمت، فإنّ فيه تردّداً.

وصوره الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، وماسمعاه من لفظ الحاكم، ويقولا: وأشهدنا على نفسه أنّه حكم بذلك وأمضاه، ولو احالا على الكتاب بعد قراءته وقالا أشهدنا الحاكم فلان على نفسه انّه حكم بذلك جاز.

ولابدّ من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه ولو اشتبه على الثانى، أوقف الحكم حتى يوضحه المدّعى ولو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل، لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، وإن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه ولا ـ أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كلّ من قامت عنده البيّنه بأن الأوّل حكم به وأشهدهم به، عمل بها إذا للازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام.

مسائل ثلاث:

الاولى: إذا أقرّ المحكوم عليه انّه هو المشهود عليه، اُلزم[١] ولو أنكر، وكانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالباً فالقول قوله مع يمينه ما لم يُقم المدعى البيّنه وإن كان الوصف مما يتعذر اتفاقه إلاّ نادراً، لم يلتفت إلى انكاره لأنّه خلاف الظاهر.

ولو ادعى أنّ فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب كُلّف ابانته فيإثباته فإن كان المساويحيّاً سُئل فإن اعترف أنّه الغريم اُلزم واطلق الأوّل وإن أنكر، وقف الحكم حتّى يتبيّن، وإن كان المساويميّتاً، وهناك دلاله تشهد بالبرائه، إمّا لأنّ الغريم لم يعاصر وإمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته اُلزم الأول، وإن احتمل، وقف الحكم حتّى يتبيّن.

الشَرح:

[١] لو شهد شاهدا الحكم بأنّ الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجاً فلا اشكال، أمّا إذا شهدا أنّه أجرى الحكم على العنوان بأن قالا ـ انّه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنّه المحكوم عليه اُلزم بالحق عملاً باعترافه.

....

الشَرح:

أمّا إذا أنكر المحكوم عليه ولم تكن شـهاده الشاهـدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، وكان العنوان ممّا يحتمل عاده اتفاق غير واحـد فيه فلاـينبغى التأمّـل فيـأنّ القول المنكر مع يمينه ما لم يقم المـدعى بيّنه بأنّه المراد من العنوان أو أحرز ذلك الحاكم الثانى من طريق آخر، وإذا اعترف بأنّه المراد من العنوان المـذكور فى الحكم ولكن لم يعترف بالحق عليه فقـد قيل لم يلزم؛ لأنّ القضـاء على عنوان يغلب فيه الاـشتراك قضـاء مبهم محكوم بالفسـاد فلايلزم المعترف بأنّه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخـذ بإقراره بالحق عليه ولعل هـذا خلاف ظاهر اطلاق الماتن قـدس سره وصـريح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافـذ مع اعتراف الشـخص بـأنّه المراد من العنوان أو ثبوت ذلك بطريق آخر لصـدق القضاء والحكم عليه وإنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلك الحق لا يفيد له شيئاً.

أمّا إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق غيره إلّا نادراً لم يلتفت إلى انكاره ويلزم بالحق الذى قضى به عليه الحاكم الأوّل أخذاً بظاهر العنوان، و هل يحتاج فى الزامه بالحق إلى حلف المدعى على أنّه المحكوم عليه دون غيره أو لايحتاج إليه الأـوفق بقاعـده اليمين على المنكر مع عـدم الـبينه للمـدعى هوالحلـف؛ لأـنّ من له الحـق لمـوافقه قوله الظـاهر يكون منكراً بالاضـافه إلى دعوى الغريم بـأنّ المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللّهم إلّا أن يقال بانصـراف ما دل على تلك القاعـده عن مثل هـذا المورد من الخلاف، وأنّه كمايؤخـذ بظاهر كلام القاضـى فى غير ناحيه المـدعى عليه كـذلك يؤخـذ به فى ناحيه المـدعى عليه.

نعم إذا كان العنوان المحكوم عليه ممّا لا يقع فيه الاشتراک إلّا نادراً، وادعى المعنون بـذلك العنوان مع عـدم اعترافه بالحق عليه ولا بكونه هو المراد فى حكم

ص :۲۶۸

الثانيه: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض [١] ولولم يكن عليه الشَرح:

الحاكم أنّ فى البلد شخصاً آخر معنون بذلك العنوان أيضاً فقد ذكر الماتن قدس سره انّه يكلّف أن يعنين ذلك الشخص المساوى له فى العنوان فإن عيّنه واعترف ذلك المساوى بأنّه المراد من العنوان فى حكم الحاكم الأوّل اُلزم بالحق وأطلق الاوّل وإن أنكر انه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف فى الحكم الصادر عن الأوّل حتى يتعيّن المحكوم عليه.

وقد ناقش فى الجواهر فى كلا الفرضين، أمّا فى الأوّل فلأنّ المحكوم له ادعى الحق على الأوّل، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبل الحاكم الثانى. وفى الثانى بأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الدعوى على المعنونين بالعنوان، كما إذا كان المدعى وارث صاحب الحق وقلنا بجوازهذه الدعوى وعدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعى، فإنّه فى الفرض إن حلفا على النفى فهو وإلّا الزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعه عند الحاكم الأوّل من صاحب الحق وغريمه، وقد ذكر الحاكم الأوّل عندشاهدى الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صاحب الحق رفع الواقعه إلى الحاكم الثانى طلباً لا ـ نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل و لظهور العنوان فيمن عيّنه احضره عند الحاكم الثانى، و اذا ذكر الحاضر للحاكم الثانى إنّ فى البلد من هو مساو لهذا العنوان وأحضره الحاكم واعترف بأنّه هو المراد من المحكوم عليه فى قضاء الحاكم الأوّل يطلق الحاكم الأول ويلزم الثانى لاعترافه بالقضاء عليه، ولولم يعترف الثانى بالقضاء عليه يتعيّن إيقاف دعوى الوارث لمايأتى انّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا ـ فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

وما ذكر الماتن قدس سره من تكليف الحاضر الأوّل المنكر للقضاء عليه بابانه المساوى، فوجوبها عليه شرطى لغرض اسقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

[١] قيل: إنّ المشهود عليه فى عين أو دين له الامتناع عن تسليم تلك العين أو الوفاء بالدين، حتى يتمّ الإشهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الإشهاد ضرر عليه

بالحق شاهد، قيل لايلزم الإشهاد ولو قيل يلزم، كان حسناً، حسماً لماده المنازعه أوكراهيةً لتوجه اليمين.

الثالثه: لا يجب على المـدعى دفع الحجّه مع الوفاء لأنّها حجه له[١] لو خرج المقبوض مسـتحقّاً، وكذا القول فى البائع إذا التمس المشترى كتاب الأصل لأنّه حجّه له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً.

الشَرح:

وإذا كان المشهود به عيناً، فهل يضمن تلك العين زمان جوازالامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان.

أقول: فى الامساك حتى يتم الاشهاد فيه أيضاً ضرر على المالك، وقد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد وأمّا إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالإشهاد؛ لأنّ المشهود عليه يمكنه انكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه.

وذكر الماتن قدس سره : انّ القول بجواز الزام القابض بالاشهاد مطلقاً حسن؛ حسماً لماده المنازعه وكراهه توجه اليمين.

أقول: كراهيه توجه اليمين لا يوجب ردع اليـد عمّا دلّ على عدم جواز التأخير فى اداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب ردّ المال على صاحبه مع عدم رضاه بالامساك، وحسم ماده المنازعه لايكون أيضاً موجباً لذلك، خصوصاً مع امكان عود المنازعه بموت شاهد القبض.

نعم، لا يبعـد أن يقال: إنّ فى الموارد التى يمكن أن يكون القبض فيها فى معرض الإنكار، ومعه يخسـر دافع العين والدين يكون الواجب الرد أو الاداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

[١] لايجب على الدائن الحجه للدين إلى المديون مع وفائه الدين، لأنّ الحجه

....

الشَرح:

ملك الـدائن «والناس مسلّطون على أموالهم»، وربّمايظهر أنّ ما دفع إلى الـدائن وفاءً ملكاً للغير، فيؤخـذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجه المزبوره.

وكـذلك الحـال فيمـا إذا اشترى المتـاع من بـايعه، وأخـذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشترى المتاع من آخر فطالب المشترى الثـانى بـايعه أى المشترى الأوّل بـدفع كتاب الأصل فلايجب عليه الـدفع؛ لأنّ الكتاب ملكه ويفيـده لو ظهر المتاع مسـتحقاً للغير، حيث يأخـذ به البـائع الأوّل بالثمن المـدفوع إليه. نعم لو طالب المـدين الـدائن باعطاء الحجه لقبضه الـدين عليه والمشترى الثانى كتاب البيع الثانى وكان اشتراط دفعهما أمراً ارتكازياً فى الدين والبيع أو غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

الشرائط المعتبره فی القاسم

الفصل الثانی

فی لواحق من أحكام القسمه

والنظر فی القاسم، والمقسوم، والكیفیه، واللواحق.

أمّا الأوّل:

فیستحب للإمام أن ینصب قاسماً كما كان لعلی علیه السلام ویشترط فیه البلوغ، وكمال العقل، والإیمان، والعداله، والمعرفه بالحساب،[۱] ولا یشترط الحریه، ولو تراضی الخصمان بقاسم، لم تشترط العداله، وفی التراضی بقسمه الكافر نظر أقربه الجواز، كما لو تراضیا بأنفسهما من غیر قاسم.

الشَرح:

[۱] یقع الكلام فی لواحق مباحث القضاء من القسمه وأحكامها، والوجه فی لحوقها بمباحث القضاء مایقال بمناسبه القضاء القسمه، حیث إنّ الحاكم لا یستغنی عن القسام لمایتفق علیه فی موارد المخاصمه قسمه المال المشترك. وعلی كلّ یقع الكلام فی هذا الفصل من كتاب القضاء فی القاسم والأُمور المعتبره فیه والمال الذی تتعلق به القسمه المعبّر عنه بالمقسوم وكیفیه القسمه و فی بعض لواحقها، أی بعض الأُمور التی قد تقع بعد القسمه.

وقد تكلّم أكثرالأصحاب فی القسمه فیأواخر مباحث الشركه وعرّفوها بأنّها تمییز حق الشركاء والأولی تعریفها بأنّها تعیین حصه الشركاء فی بعض المال المشترك خارجاً، والوجه فی الأولیه ظهور التمییز فی أنّ للحق واقعاً معیّناً یتمیّز

... .

الشَرح:

بالقسمه، مع أنّه لا يكون فى موارد الشركه بنحو الإشاعه واقع معيّن.

ثمّ إنّ القسمه عقد مفاده تعيين الحصص فى البعض المعيّن من المال المشترك، وانّ المنشأ ابتداءً هذا التعيين، ولا تدخل فى البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أنّ القسمه مبادله حصه الآخرين فى بعض المال المشترك بحصّته فى البعض الآخر من ذلك المال، ويلزم على ذلك أن يترتب على القسمه مايترتب على البيع والمعاوضه من ثبوت خيار المجلس وحرمه الربا فيما كان العوضان من جنس واحدمكيلاً أو موزوناً بخلاف ما ذكرنا من أنّها فى حقيقتها تعيين الحصص فى الأبعاض الخارجيه من المال المشترك.

نعم التعاوض لازم القسمه لا أنّ مفادها المعاوضه، ويكفى فى مشروعيّه القسمه ولزومها بعد ما عليها سيره العقلاء وبنائهم فى المال المشترك قوله عزّ من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)، حيث إنّ المراد بالعقد العهد والالتزام ولو بنحو المشدود.

كمايدل على مشروعيتها ولو فى الجمله قوله سبحانه: «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى»(۲) لو لم نقل بدلالته على المشروعيه فى كل مال مشترك.

نعم قوله سبحانه:«وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ»(۳) غايه دلالته على قبول الماء بنحو من القسمه، كما أنّ مثل النبوى الوارد فى الشفعه فإذا وقعت أو حددت الحدود وعرفت الطرق فلاشفعه مقتضاه مشروعيتها فى الأراضى المشتركه.

وذكر الماتن قدس سره أنّ الإمام يستحب له أن ينصب قاسماً، كما كان القاسم لعلى عليه السلام وقيل إنّ اسمه عبداللّه بن يحيى وانّ الظاهر هو الحضرمى الذى قال له عليه السلام يوم

۱- (۱) المائده:۱.

۲- (۲) النساء: ۸ .

۳- (۳) القمر: ۲۸.

....

الشَرح:

الجمل: «فإنّك وأباك من شرطه الخميس وابشر بالجنّه».

ويقال فى وجه استحبابه أنّ نصبه من مصالح المسلمين، ولذا يعطى الأُجره من بيت المال المصروفه على مصالحهم، وأنّه يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله ومعرفه الحساب واعتبارمعرفته بالحساب ظاهر، لأنّ القسمه تتوقف على تعديل السهام واعتبار عدالته لأن نصبه قساماً من اعطاء الولايه ولزوم قبول قوله والفاسق لا يستحقها لا يقبل قوله، والحريه غير معتبره فى اعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه ورضاه بتصدّيه لها.

أقول: كون نصب القسام من اعطاء الولايه بأن تكون القاسميه للأموال المشتركه من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غيرظاهر، وكون القاسم لعلى عليه السلام لم يثبت أنّه كان بنحو نصب القاضى ولولم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، ولو شك فى كونهما منصباً فالأصل عدمه.

والحاصل: يجوز للحاكم استيجار شخص أو توكيله لقسمه المال المشترك فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما فى صوره امتناع بعض الشركاء عن القسمه، ولذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلك القاسم فى القسمه، لأنّ الولايه فى القسمه لشركاء، فإنّهم ملاك المال المشترك والقسمه تصرّف فى المال المشترك نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمه أجبره الحاكم عليها ولو لم يمتثل يتصدى بقسمته ولو بالتوكيل لولايته على الممتنع.

ولاتعتبر العداله فى الوكيل، كما لا يعتبر فيه الايمان والإسلام، والتوكيل فى المقام لا يزيد عليه فى سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شخصاً ينبغيأن يكون بتلك الصفات تحفظاً على كرامه المقام. وعلى ذلك فيمكن للشركاء ايكال أمر القسمه إلى

والمنصوب من قبل الإمام، تمضى قسمته بنفس القرعه[۱] ولا ـ يشترط رضاهما بعدها وفى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه، وفى هذا اشكال، من حيث إنّ القرعه وسيله إلى تعيين الحقّ، وقد قارنها الرضا.

الشَرح:

غير بالغ ولا يقدح فى ذلك عدم صحه عقد الصبى، لأنّ قسمه الصبى باذن الشركاء وأمره بها تدخل فى عقد الشركاء فيعمّها قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

[۱]ذكر جماعه من الأصحاب كالماتن قدس سره أنّه إذا كانت القسمه من قاسم نصبه الإمام تمضى قسمته بنفس القرعه التيأجراها القاسم فلا يجوز للشركاء الامتناع عن القسمه الحاصله بها، بخلاف ما إذا كانت القسمه بقرعه الوكيل عن الشركاء أو بفعل الشركاء، فإنّه يعتبر رضاهم بالقسمه بعد القرعه وناقش الماتن قدس سره فى هذه التفرقه بأنّ رضا الشركاء بالقسمه حال القرعه يوجب تحقق القسمه والقرعه التى وسيله إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

وقد يقال فى وجه التفرقه، بأنّ قرعه المنصوب من قبل الإمام بمنزله حكمه فتكون نافذه بخلاف القرعه من غيره، فإنّ مقتضى الأصل بقاء الشركه فى المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، وهو يحصل برضا هم بالقسمه حتى بعد القرعه.

أقول: قد تقدم أنّ القسمه من العقود عند العقلاء، فمع تحققها بالقرعه برضاء الشركاء التى من قبل انشاء المعامله بالفعل يحكم بنفوذها، أخذاً بالعموم فى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)، يعنى العهود، ولا ـ تصل النوبه إلى الأصل العملى. ومع قطع النظر عن ذلك فلا ـ تكون قرعه القاسم المنصوب من قبل الإمام إلّا كالقرعه من الوكيل للشركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازماً لزمت القسمه فى كلا الفرضين، وإلّا فلا، وما دلّ على نفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لايعم القسمه، فإنّ القسمه هى التى يجبر

۱- (۱) المائده :۱.

ویجزی القاسم الواحد، إذا لم یکن فی القسمه ردّ[۱]، ولابدّ من اثنین فی قسمه الرد لأنّها تتضمن تقویماً، فلا ینفرد به الواحد ویسقط اعتبار الثانی مع رضا الشریک

الشَرح:

الحاکم الممتنع من الشرکاء علیها.

ثمّ إنّ مقتضی عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نفوذ القسمه بالتراضی القولی من الشرکاء فی تعیین حصصهم من غیر قرعه والالتزام باعتبار القرعه فی حصول القسمه بلاموجب، سواء أُرید من الاشتراط الشرط الخارجی أم ما ذکر کصاحب الجواهر من کونها شرطاً داخلیاً للقسمه، بحیث لا یصدق عنوان القسمه بدونها، ولکن شیء من الأمرین غیر ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها فی القسمه، ولم یرد فی شی ء من اخبارالقرعه أنّها معینه فی قسمه المال المشترک.

بل قیل فی الأخبار ما یکون ظاهراً فی حصول القسمه بدونها، کالتی وردت فی قسمه الدین المشترک کموثقه غیاث عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام : «عن رجلین بینهما مال بأیدیهما ومنه غائب فاقتسما الذی بأیدیهما وأحال کل واحد منهما نصیبه فاقتضی أحدهما ولم یقتض الآخر» الحدیث، ولکن فی ظهورها فی قسمه ما بأیدیهما بالقرعه أو بلا قرعه تأمّل، بل منع، حیث إنّها وارده فی السؤال عن حکم آخروهو قسمه مال الغائب یعنی الدین کما لایخفی.

[۱] ذکر الماتن قدس سره کجماعه أنّه لاـ یعتبر فی القاسم التعدّد إلّا فی قسمه الردّ، وعلّل اعتبار التعدد فی قسمه الرد بأنّها تتضمّن التقویم ویعتبر فی المقوم الداخل قوله فی الشهاده التعدّد وأردفه بقوله ولو رضی الشریکان بتقسیم واحد کفی، ولایحتاج إلی ضم الآخر حیث إنّ الحق لهما.

أقول: قد ذکرنا فی بحث ارش العیب من الخیارات أنّ الرجوع إلی المقوم فیما کان الرجوع إلیه من الرجوع إلی أهل الخبره لا یعتبر فیه التعدد، لاعتبار قول أهل

....

الشَرح:

الخبره مع عـدم المعـارضه بمثله، وهـذا ممّـاجرت عليه سـيره العقلاء، فيكون قوله نظيراعتبـارخبر الثقه فى الأحكام، حيث إنّ مع السـيره على اعتبـاره علمـاً لاـ يعمّه مثـل قوله سـبحانه: «وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(۱) ومع السـيره أيضـاً على اعتبار قول أهل الخبره فى الموضوعات لايمنعها ما فى روايه مصدق بن صدقه: «الأشـياء كلّها على ذلك إلّا أن يسـتبين غيرهذا أو تقوم به البينه» كما أنّها لا تمنع عن اعتبارقول ذى اليد وغيره ممّايلتزم باعتباره فى الموضوعات.

وعلى ذلك ينحصر اعتبارالتعدد فى القاسم على موارد دخول التقويم فى الشهاده، كما إذا لم يكن تعيين المال من أى جنس أو ماليته بأى مقدارمحتاجاً إلى الحدس من أهله.

وثانيـاً: إنّ القسـمه لاـ تتضـمن التقويم، بـل تتوقف عليه فى غير قسـمه الاـفراز، فلاـ يعتبر التعـدّد فى القاسم، بل يعتبر فى المقوّم، ولوقوّم المال اثنان وقسّمه واحد حصلت القسمه.

وثالثـاً: انّ القسـمه تضـمّنها أو توقفهـا على التقوم لاـ ينحصـر على قسـمه الردّ، بل تعمّ قسـمه التعـديل أيضاً، فلا وجه لتخصـيص التضمن بقسمه الردّ إلّا أن يراد بها ما تعمّ قسمه التعديل بأن كان المراد غير قسمه الإفراز ولكن هذا الاطلاق غير معروف.

وبالجمله قد تقدم سابقاً أنّ ايكال القسمه إلى شخص الاذن له فى انشاء القسمه كان المأذون أو الأجير واحداً أو متعدداً.

۱- (۱) الاسراء:۳۶.

وأجره القسّام من بيت المال[۱] فإن لم يكن إمام، أو كان ولا سعه فی بيت المال، كانت أَجرته على المتقاسمين.

الشَرح:

[۱] إذا طلب الشركاء القسمه من الحاكم فلا يبعد أن يقال بان ضمان أُجره القاسم عليهم إلّا أن يرى الحاكم فی اعطائها من بيت المال صلاحاً، كما فی موارد الاجبار على القسمه بعضاً أو كلًا، وقد قيد بعضهم كون الأُجره من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممّن يرتزق من بيت المال، وإلّا فلايستحق أُجره على عمله مع أمر الحاكم بالقسمه ولعلّه لظهور أمره فی طلبها مجاناً.

وما قيل فی الفرق بين الارتزاق من بيت المال وأخذ الأُجره على العمل منها من أنّ أخذ الأُجره تكون فی موارد اختصاص منفعه عمل العامل بالغير، كما فی المقام بخلاف الارتزاق، فإنّ منفعه عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضاً كالمؤذّن حيث ينتفع هو وغيره من اذانه لا يخفی ما فيه، فإنّه يجری الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، ولكن الشارع شرع العمل مجاناً كالتصدی لتغسيل الموتی ودفنهم، بل كالمتصدی للقضاء على ما تقدم.

ثم إنّه إذا استأجره الشركاء على القسمه بإجاره واحده أو أمروه بالقسمه ولو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه اصاله وعن سائرالشركاء وكاله أو أمره بالقسمه كذلك فلا ينبغی التأمّل فيأن الأُجره على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلّا مع بنائهم كون الأُجره على الرؤوس لا بحسب السهام، حيث إنّ مع عدم بنائهم كذلك ظاهر أمر المتعدد واحداً بالقسمه هو ضمان الأُجره بحسب السهام، ولعلّ وجه الظهور انّ العمل لصاحب السهم الزائد أكثر وأنّه لو كانت القسمه على الرؤوس فربّما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترك شیء، كما إذا كانت السهام كثيره مختلفه بالزياده

فإن استأجره كلّ واحد بأجره معيّنه فلابحث وإن استأجروه فى عقد واحد، ولم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الاجره، لزمهم الأجره بالحصص وكذا لو لم يقدّروا أُجره، كان له أُجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه.

الشَرح:

والنقيصه باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى باجره القسمه على تقدير كونها على الرؤوس.

نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصه صاحبه يستشكل فى جواز أن يؤجر نفسه ثانياً على تعيين حصه الآخر، حيث إنّ العمل بالاجاره الأوليه الواجبه عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصه الشريک الآخر فلا يجوز له أخذ الأُجره عليه، فإنّه من أخذ الأُجره على الواجب، ويجرى هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركاً بين ثلاثه، فإنّه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصتهما فلا يجوز له الايجار من ثالث.

أقول: لايبعد أن يلتزم ببطلان الاجاره الثانيه لا لأنّ الواجب لا يجوز أخذ الأُجره عليه، فإنّه قد ذكرنا فى بحث أخذ الأجره على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ما لم يكن ايجابه عليه بنحو المجانيه لا يمنع عن أخذ الأُجره عليه، أضف إلى ذلک أنّ تعيين حصه المستأجر يلازم تعيين حصه الآخر، لا أن تعيين حصه الآخر مقدّمه للعمل المستأجر عليه.

بل لأنّ أخذ الأجره على تعيين الحصه للشريک الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصه الشريک الأوّل من أكل المال بالباطل عرفاً، حيث إنّ الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلازم ذلک التعيين.

ص: ۲۸۰

أجره القسّام

الثانی فی المقسوم:

هو امّا متساوی الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب والادهان أو متفاوتها كالأشجار والعقار.

فالأوّل: يجبر الممتنع[١] مع مطالبه الشريک بالقسمه، لأنّ الإنسان له ولايه الانتفاع الشَرح:

[١] إذا كـان المـال المشترک متسـاوی الأجزاء بأن كان مثلياً فيجبر الممتنع عن القسـمه عليها عنـد مطالبه سائر الشـركاء القسـمه بلاخلاف، بل عليه الاتفاق، وأضاف فی الجواهر إلی ذكر الاتفاق قاعـده وجوب ايصال الحق إلی مسـتحقه مع عـدم الضـرر فی الإيصـال، كمـا هو الفرض فی قسـمه الاجبـار المفروض فی المقـام، وذكر المـاتن قـدس سـره بأنّ الانسان له ولايه الانتفاع بماله والانفراد به أكمل نفعاً.

أقول: أمّا دعوی الإجماع فعلی تقديره مدركی، ولا أقل من احتمال كون المدرک له ما ذكر فی قاعدتين وغيرهما.

وأمّـا القاعـدتان فشـیء منهمـا غير تـام؛ لأنّ حق الشـريک هوالحصه من المـال بنحو الإشاعه، لا بنحو المعين، وصـيرورتها معيناً يتوقف علی القسـمه، والقسمه نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضی، ويحكم بالبطلان مع الإكراه عليهم أو علی بعضهم، كما هو مقتضی رفع الاكراه فی سائر العقود والمعاملات.

و أمّـا دعوی جواز الاجبـار عليه لكون الانفراد أكمـل نفعـاً فهی تشبيه دعوی جواز الاجبار علی البيع فيما كان الثمن أكمل نفعاً للبـائع، والعمـده فی المقـام جريـان السيره العقلائيه علی أنّ لكلٍ من الشـركاء حق افراز ماله عن الآخرين ولو مع الاجبار فيما لم يكن ضـررٌ فی القسـمه علی سائر الشـركاء. والضـرر كما يأتی نقص ماليه الحصه مع خروجها عن الاشاعه إلی التعيين و كـذلک فيما كان الشیء غير قابل للقسمه الخارجيه فإنّها جاريه علی قسمه ماليته ولو بالبيع وتقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين علی

بماله، والانفراد اُكمل نفعاً، ويقسم كيلًا و وزناً متساوياً أو متفاضلًا ربوياً كان أو غيره لأنّ القسمه تميز حقّ لا بيع[۱].

الشَرح:

شراء حصه صاحبه، وفى صوره الضـرر ولو لبعض الشـركاء السـيره غيرمحرزه، واحتمال جواز الاجبار مـدفوع بما تقدم من اعتبار التراضى فى العقد وعدم امضائه مع الاكراه عليه.

وذكر فى الجواهر فى المقام أنّه لا فرق فى المال المشترك المزبور كونه مثلياً بين الجامد والمائع، وفى المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أى الثخونه كالعصـير يمسّه النار ليصير دبساً أو ربًّا، أومسته للتصفيه كالعسل والسمن، خلافاً لبعض العامّه، حيث منعوا القسـمه فى الثـانى حتى مع عـدم التفاضل، لأنّه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض ولو مع المماثله والقسـمه داخله فى البيع، وعن كشف اللثـام مثـل ذلـك، وقال بعـده أنّ هـذه خرافه فى خرافه، حيث إنّ الالتزام بعـدم جواز معاوضه مائع مسـته النار بمثله خرافه. والالتزام بكون القسمه بيعاً خرافه اُخرى.

[۱] ذكر قدس سـره أنّ المثلى يقسم بين الشـركاء على حساب الحصـص بالكيل والوزن متساوياً أو متفاضلًا، كما إذا كان المال المشترك صبرتين من الحنطه إحـداهما جيّـده والاُـخرى ردّيه، بحيث تسـاوى قيمه الجيـده ضـعف قيمه الرديه، فإنّه يجوز لأحد الشـريكين أن يعيّن حصـته فى الرديه، بحيث يكون مقـدار سـهمه خارجـاً ضـعف السـهم لشـريكه الآـخر بحسب الكيل والوزن، وحيث إنّ القسـمه ليست بيعـاً جاز ذلك وأيضاً بما أنّ القسـمه ليست بيعاً فيجوز أن يوضع بعض المال فى احـدى كفتى الميزان والبعض الآخر فى كفّته الاُخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من المتفاضل أن يأخذ أحد الشـريكين زائداً على حصّته ولو بهبه الآخر الزائد ضعيف غايته؛ لأنّ الهبه لا تدخل فى عنوان القسمه.

والثانی: إمّا أن يستضرّ الكلّ أو البعض أو لا يستضرّ أحدهم، وفی الأوّل لا يجبر الممتنع[۱] كالجواهر والعقائد الضيّقه، وفی الثانی إن التمس المستضرّ، اجبرمن لا يتضرر وإن امتنع المتضرر لم يجبرويتحقّق الضرر المانع من الإجبار، بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمه، وقيل بنقصان القيمه وهو اشبه وللشيخ قولان.

الشَرح:

[۱] إذا كان المال المشترک مختلفاً فی أجزائه، ولو بحسب القيمه، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمه فلا يجبر أحدهما عليه ولو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، وكذا فيما إذا تضرّرأحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضی به المتضرر وطلبها وجبت علی الآخر الإجابه وليس المراد بالضرر سقوط الحصه عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص فی ماليتها كما هو المعهود من الضرر فی الأموال.

ويستدل علی عدم وجوب الاجابه وعدم جواز الاجبار فی الصورتين بقاعده نفی الضرر، ولكن لا يخفی ما فيه، فإنّه لم يرد فی وجوب الاجابه علی طلب القسمه من أحد الشريكين وجواز الاجبار عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعده نفی الضرر حاكماً علی اطلاق ذلک الخطاب أو عمومه بالاضافه إلی صوره الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضی حديث رفع الإكراه أوعدم حلّ مال الغير إلاّ بطيبه نفسه وانّ حرمه مال المسلم كحرمه دمه عدم مشروعيه القسمه الإجباريّه، غايه الأمر يرفع عن ذلک فی صوره عدم الضرر فی القسمه أو مطالبته المتضرر للسيره العقلائيه الثابته فی المال المشترک من وجوب الإجابه وجواز الاجبار عليها، وأمّا مع الضرر علی كلّ منهما أو طلب غير المتضرر فلا موجب لجواز الاجبار.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمه إنّما يعتبر فی وجوب الاجبار عليها مع عدم الضرر أو مع مطالبه المتضرر إذا كانت تعديليه لا تتضمن رد المال من أحد الشريكين، أمّا إذا كانت

ثمّ المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولاضرر، اجبر الممتنع، ويسمّى قسمه اجبار و إن تضمنت أحدهما، لم يجبر ويسمّى قسمه تراض، ويقسم الثوب الذى لا ـ ينقص قيمته بالقطع، كمايقسم الأرض وإن كان ينقص قيمته بالقطع لم يقسّم لحصول الضرر بالقسمه، ويقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه اجبار، وإذا سألا الحاكم القسمه ولهما بيّنه بالملك، قسّم وإن كانت يدهما عليه، ولامنازع لهما، قال الشيخ فى المبسوط لا يقسم وقال فى الخلاف يقسم وهو الأشبه، لأنّ التصرّف دلاله الملك[١].

الشَرح:

متضمّنه لردّ لمال من أحدهما فلا يجبر عليها حتى مع عدم الضرر يعتبر فيها تراضى الشريكين مطلقاً، ويستدل على عدم جواز الاجبار فى القسمه الرديه بأنّها تتضمن المعاوضه وتمليك المال فيعتبر فيها التراضى.

ولكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمه الافرازيه والتعديليه والقسمه الرديه فى أنّ القسمه حقيقتها أمر واحد فى جميعها، وهى تعيين الحصه خارجاً، فالمعاوضه غير منشأه ليعتبرفيها التراضى، بل قهريه تبعيه يعبّرعنها بالتعاوض، ومقتضى السيره المشار إليها عدم الفرق فى الحكم بين الأقسام مع عدم الضرر، كما إذا كانت لهما داران ضيقّتان على نحو الاشاعه وتكون قيمه احداهما ألفين وقيمه الأُخرى ألفاً وخمسمائه فيضاف إلى الأدنى خمسمائه أُخرى، فيقرع بينهما فمن أصابته الدار الأدنى يأخذ من صاحبته مائتين وخمسين، و إنّما تحتاج إلى القرعه مع عدم تراضيهما بدونها، وإذا لم تمكن هذه القسمه ولو لعدم المال تباع الداران، ويقسم ثمنهما بينهما كل ذلك بالسيره المشار إليها.

[١] إذا سأل الشريكان الحاكم أو غيره قسمه المال المشترك بينهما فإن كان لهما بيّنه بملكهما ذلك المال قسّمه بينهما، لأنّ البينه حجّه للقسمه التى قيل إنّها بمنزله الحكم فى فصل الخصومه ورفع الخلاف بخلاف ما إذا لم يكن لهما بينه بأن كان

الثالث: فی کیفیه القسمه بالحصص. إن تساوت قدراً وقیمه فالقسمه بتعدیلها علی السهام[۱] لأنّه یتضمن القیمه کالدار یکون بین اثنین وقیمتها متساویه وعند التعدیل یکون القاسم مخیّراً بین الإخراج علی الأسماء، والإخراج علی السهام.

أمّا الأوّل فهو أن یکتب کلّ نصیب فی رقعه ویصف کّل واحد بمایمیزه عن الآخر ویجعل ذلک مصوناً فی ساتر کالشمع والطین ویأمر من لم یطلع علی الصوره بإخراج أحدهما علی اسم احد المتقاسمین فماخرج فله.

الشَرح:

الطریق إلی مالکیّتهما یدهما بالمال فإنّه یذکر أنّه لا یقسّم لأنّ الحکم لا یجوز بغیر البینه والقسمه بمنزله الحکم ولاحتمال أن یحصل لهما منازع.

وفیه: أنّ القسمه حتی من الحاکم لا۔ تکون حکماً، بل هی تعیین الحصه من المال المشترک فی أبعاضه، وتحسب نوعاً من المعامله توجد بالمباشره والتوکیل، وإذا ظهر أنّ المتقاسمین أو أحدهما لم یکن شریکاً ینکشف بطلانها نظیر انکشاف عدم الملک فی سائر المعاملات.

ولو ادعی أحد علی المتقاسمین أو علی أحدهما قبل القسمه أو بعدها تسمع دعواه هذا أوّلاً، وثانیاً لو فرض أنّ القسمه بمنزله الحکم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلی قاعده الید، فلازم ذلک عدم جواز القسمه بالبینه بالملک أیضاً، لأنّ الحکم یصح ببیّنه المدعی خاصه، ولا یکفی فیه مطلق البینه وبینه المتقاسمین فی الفرض غیر داخل فی بینه المدعی، حیث إنّ یدهما علی المال.

[۱] إذا کان سهم أحد الشریکین مساویاً مع سهم الشریک الآخر من حیث المقدار و القیمه من المال المشترک علی تقدیر جعله حصتین کما فی الأرض المتساویه الأجزاء من حیث القدر والقیمه فإنّها إذا کانت مشترکه بین اثنین بالمناصفه یجعلها القاسم نصفین، ثمّ یخرج القرعه باسم الشرکاء أو السهام.

وأمّا الثانی: فهو أن یکتب کلّ اسم فی رقعه، ویصونهما ویخرج علی سهم من السهمین فمن خرج اسمه فله ذلک السهم.

وإن تساوت قدراً لا قیمه عدّلت السهام قیمه والغی القدر حتی لو کان الثلثان بقیمته مساویاً للثلث لجعل الثلث محاذیاً للثلثین وکیفیه القرعه علیه کما صورناه.

الشَرح:

أمّـا الأوّل یعنی اخراجها باسم الشرکاء فیکتب کُلًا من نصفی الأرض فی رقعه، بحیث یمیّزه عن النصف الآخر، ویجعل کلًا من الرقعتین بحیث لا ـ یمحو کتابتها فی ساتر من شمع أو طین أو نحوهما، ثم یؤمر من لا یطلع علی کتابتهما باخراج أحدهما باسم أحد الشریکین.

وأمّـا الثانی أی اخراجها باسم السهام فیکتب اسم أحد الشریکین فی رقعه، واسم الشریک الآخر فی رقعه أُخری، ویجعل کلًا منهما فی ساتر، کما تقدم، ثم یؤمر من لا یطلع علی کتابتهما باخراج إحداهما لأحد السهمین المعینین خارجاً.

أمّا إذا کانت السهام متساویه فی المقدار من المال المشترک، لکن المقدار المساوی للسهم منه لا یکون مساویاً لمقدار السهم الآخر فی القیمه، مثل إذا کانت الأرض المشترکه بین الإثنین بالمناصفه مختلفه فیأجزائها بحسب القیمه، بحیث یساویثلثها من جانب ثلثی الباقی بحسب القیمه، وفی هذا الفرض تعدل السهام بحسب القیمه لا المقدار، کما فی الصوره السابقه بأن یجعل ثلثها من ذلک الجانب سهماً و ثلثیها الباقیین سهماً آخر، ثم یخرج القرعه باسم الشریکین أو باسم السهام علی ماتقدم.

و إذا کانت السهام مختلفه قدراً لا قیمه، کما إذا کانت الأرض المتساویه أجزائها بحسب القیمه مشترکه بین ثلاثه أسهم أحدهم نصفها وسهم الثانی منهم ثلثها وسهم الثالث سدسها، وفی مثل ذلک یعدّل المال المشترک علی أقل السهام بأن تجعل الأرض

وإن تساوت الحصص، قيمه لا ـ قدراً، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء ذلك الملك متساويه، سوّيت السهام على أقلّهم نصيباً، فجعلت اسداساً ثم كم تكتب رقعه؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام والأقرب الاقتصارعلى عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزياده كلفه.

الشَرح:

المزبوره سته أسهم خارجيه، ويعيّن لإبتداء السهام طرفاً بالتراضي أو بحكم القاسم، ثمّ يقرع بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع، وهل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريک فى رقعه فيكون فى الفرض ثلاث رقع ومن له ثلثها فى رقعتين واسم من له السدس فى رقعه فتحصل ستّ رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأوّل لحصول الغرض كما نذكر، ثمّ يؤمر من لايطلع على كتابتها باخراج احداها، فإن خرجت باسم الشريک بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثه منها، ثم يخرج رقعه أخرى فإن خرج باسم الشريک بالثلث يأخذ سهم الرابع وسهم الخامس والسهم الباقى لصاحب السدس وهكذا، ولو جعل الرقع ستّاً فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانياً أو ثالثاً يلغى الرقعه الخارجه، وفائده زياده الرقع مع أنّه يلغى ثانيها وثالثها لتكثير حظه فى الخروج لأنّ أكثر المال له هكذا قيل، ولكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام وعدم جواز تفريق سهام شخص.

وبالجمله: يخرج الرقع فى هذه الصوره على السهام، ويكتب فى الرقع أسماء الشركاء ولا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام فى الرقع حذراً من تفرّق السهام.

وإذا اختلفت السهام قدراً وقيمه عُدّل المال المشترک على أقل السهام بحسب القيمه، ثم يعين السهام بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع كما تقدم فى الصوره السابقه،

إذا عرفت هذا، فإنّه يكتب ثلاث رقاع لكلّ اسم رقعه، ويجعل للسهام أوّل وثان وهكذا إلى الأخير، والخيار فى تعيين ذلك إلى المتقاسمين ولو تعاسروا، عيّنه القاسم، ثمّ يخرج رقعه، فإن تضمنت اسم صاحب النصف، فله الثلاثه الأول. ثمّ يخرج ثانيه، فإن خرج صاحب الثلث، فله السهمان الآخران. ولايحتاج إلى إخراج الثالثه بل لصاحبها ما بقى، وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أوّلاً كان له السهمان الأوّلان ثمّ يخرج أُخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ولايحتاج إلى إخراج أُخرى لأنّ السادس تعيّن لصاحبها.

الشَرح:

وقد يقال بامكان إخراج القرعه على الاسماء بأن يكتب السهام فى الرقاع بالنحو التالى ففى رقعه نصف المال، وفى الأُخرى ثلثه وفى الثالثه سدسه، ويعيّن مبدأ السهام المخرجه بالتراضى، أو بتعين القاسم أو بالقرعه الأُخرى على المبداء، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها باخراج رقعه من القراع الثلاث ثم يؤمر باخراج الثانيه، ولكن لا يخفى أنّ هذه عباره أُخرى لكتابه أسماء الشركاء واخراجها على السهام.

وأمّا كتابه السهام الستّه على الرقاع الستّ ثم اخراجها فقد تقدم أنّه قد يوجب التفريق على واحد فى سهامه، كما إذا ظهر السهم الثانى أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، و هكذا.

أقول: يقع الكلام فى المقام فى جهتين: الأُولى فى وجه اعتبارقسمه السهام بالقرعه وهل الدليل على مشروعيه القرعه تعم مثل المقام ممّا لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ والثانيه فى انحصار طريق القسمه فى المال المشترك على القرعه بماتقدم من الكيفيه من الرقع وكتابتها والستر عليها، أم أنّها تصدق ولو لم تكن بالكيفيه المتقدمه.

وهکـذا لو خرج اسم صاحب السـدس أوّلاً کان له السـهم الأوّل ثمّ یخرج أُخری فإن کان صاحب الثلث کان له الثانی و الثالث، والبـاقی لصـاحب النصف ولو خرج فی الثـانیه صـاحب النصف، کان له الثانی والثالث والرابع، وبقی الآخران لصاحب الثلث من غیر احتیاج إلی إخراج اسـمه، ولا یخرج فی هذه علی السـهام، بل علی الأسماء إذ لایؤمن ان یؤدی إلی تفرق السهام وهو ضرر، ولو اختلفت السهام والقیمه، عُدلّت السهام تقویماً ومیّزت علی قدر سهم أقلهم نصیباً وأقرع علیها کما صورناه.

الشَرح:

أمّا الجهه الأولی: فقد یقال أنّ مشروعیه القرعه تنحصر بما إذا کان للشی واقع معیّن فیُستکشف الواقع المجهول لنا بالقرعه.

وبتعبیر آخر: تخرج القرعه الحق الواقعی، ومع عـدم التعیّن للشـیء واقعاً کمـا فی المـال المشـترک فلادلیـل علی کونهـا معینه، ویجاب عن ذلک بأنّ فی روایات القرعه مایدل علی جریانها حتی فیما لم یکن للشـیءواقع معیّن، وفی صـحیحه إبراهیم بن عمر الیمانی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام : «فی رجل قال:أوّل مملوک أملکه فهو حرّ فورث ثلاثه قال: یقرع بینهم فمن أصابه القرعه اعتق قال: والقرعه سنّه»..(۱)

ولکن فی الاعتمـاد علی الصـحیحه اشـکال، فـإنّه لاـ عتق إلاّـ بعـد ملـک کمـا فی غیر واحـد من الروایات المعتبره سـنداً ودلاله، فلاـیکون عتق الواحـد قبـل الملـک صـحیحاً لیحمـل المعتق علی الطبیعی المقیـد بالواحـده، ویتعیّن ذلک الطبیعی بالقرعه، وفی صحیحه منصوربن حـازم «قـال: سأل بعض أصـحابنا أباعبـداللّه علیه السـلام عن مسأله فقال: هـذه تخرج فی القرعه، ثم قال: فأی قضیه أعدل من القرعه إذا فوّضوا أمرهم إلی اللّه عزّوجلّ ألیس اللّه یقول: «فَسَاهَمَ فَکَانَ مِنَ الْمُدْحَضِینَ»(۲)».(۳)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث۲:۱۸۷.

۲- (۲) الصافات: ۱۴۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۷:۱۹۱.

وأمّا لو كانت قسمه رد، وهى المفتقره إلى ردّ فى مقابله بناء أو شجر أو بئر، فلا تصحّ

الشَرح:

وأورد على الاستدلال بهذه الصحيحه بأنّ من كان مطلوب الحوت كان معيناً واقعاً، وأُجيب بأنّ الأمر وإن كان كذلك واقعاً إلاّ أنّ أهل السفينه اعتقدوا أنّ واحداً لابعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه وإلاّ فلو كانوا عالمين بأنّ الحوت يطلب يونس عليه السلام لأخذوه وألقوه فى البحر.

أقول: لا يخفى ما فى الاستدلال بها فإنّ اهل السفينه وإن لم يعتقدوا بأنّ يونس عليه السلام مطلوب للحوت، إلاّ أنّه من المحتمل أنّهم اعتقدوا كما نقل أنّ واحداً معيناً يطلبه الحوت وهم لا يعرفونه بعينه، واستعملوا القرعه فى إخراجه.

وبالجمله: لا تثبت بالروايه مشروعيه القرعه فى تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحه حريز عن محمد عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم قال: كان على عليه السلام يسهم بينهم.(١) حيث إنّ شركه الميت مع سائر الورثه فى الثلث بنحو الإشاعه، والروايه ظاهرها تعيين سهم الوصيه، بالقرعه ولكن فى سندها اشكالاً فإنّ محمد الذى يروى عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذى روى غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كمايحتمل كونه غيره.

وبالجمله: لا يتعين محمد فى محمد ابن مسلم.

ولكن لايبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجاً فى موارد الميز لبعضها ولو قهراً مع عدم التراضى بين الشركاء بنحوآخر للسيره الجاريه من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها فى الإلزام بالقسمه مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، وهذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كافٍ فى الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٣:١٨٨.

القسمه مالم يتراضيا جميعاً[١] لما يتضـمّن من الضميمه التى لا تستقر إلّا بالتراضى وإذا اتّفقا على الرد، وعُدّلت السهام فهل يلزم بنفس القرعه، قيـل لا ـ، لانّهـا تتضـمن معـاوضه ولا ـيعلم كلّ واحـد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعـد العلم بما ميزته القرعه.

مسائل ثلاث:

الاولى: لو كان لـدار علوّ و سـفل، فطلب أحـد الشـريكين قسـمتها[٢] بحيث يكون لكـلّ واحـد منهما نصـيب من العلو و السـفل بموجب التعديل جاز، واجبر الممتنع مع انتفاء الضـرر ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو، لم يجبر الممتنع وكذا لو طلب قسمه كلّ منهما منفرداً.

الشَرح:

الشـركاء بعدها بالقسمه الحاصله بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل اجرائها فى موارد جواز الاجبار بالقسمه على ماتقدم، وممّا ذكر يظهر الكلام فى الجهه الثانيه وانّ القرعه تحصل ولو بفقد بعض ما تقدم.

[١] قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الاعاده.

[٢] إذا كانت الدار مشتركه بين اثنين وكان لها علو وسفل وطلب أحد الشريكين القسمه يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء:

الأوّل: أن يطلب قسمتها على حصتهما، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل العلو والسفل، و تجوز هذه المطالبه بمعنى أنّه يجبر الشريک على هذه القسمه مع عدم الضرر فيها.

الثانى: أن يكون المطلوب من قسـمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسـفل والآخر بالعلو ويذكر أنّ هذا النحو من القسـمه لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضى ولو مع عدم الضرر، ويقال فى وجه ذلک أنّ القسمه بالنحو الأوّل داخله فى القسمه افرازاً.

وبالنحو الثانى: داخله فى القسمه تعديلاً، ومع امكان قسمه المال المشترک افرازاً لا يجوز الاجبار على القسمه تعديلاً كما يأتى.

الثانيه: لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمه الأرض حسب اجبر الممتنع[۱] لأن الزرع كالمتاع فى الدار ولو طلب قسمه الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأنّ تعديل ذلك بالسهام غير ممكن وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله أمّا لو كان بذراً لم يظهر لم يصحّ القسمه لتحقق الجهاله ولو كان سنبلاً قال أيضاً لا يصحّ وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

الشَرح:

أقول: الكبرى وإن كانت كما ذكر؛ لأنّ عمده الدليل على جواز الاجبار على القسمه، السيره العقلائيه و مقتضاها تقديم القسمه الافرازيه إلّا انّ كون الأوّل قسمه افرازيه غير صحيح، ومع كونها تعديليه أيضاً يجبر على الجامع بين القسمتين، ومع عدم التراضى بأحد النحوين يعين أحدهما بالقرعه مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم فى مثل الشقق المتعارفه فى عصرنا الحاضر تحسب كل طبقه مالاً مستقلاً ويأتى حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمه كل من العلو و السفل منفرداً، بأن يقسم السفل مع قطع النظر عن العلو، والعلو مع قطع النظر عن السفل و كأنّهما مالان مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركاً بينهما، وهذه القسمه تحتاج إلى التراضى، ولايجبر عليها؛ لأنّ تقسيمها كذلك بحيث يكون السفل من الجانب الأوّل للآخر غير داخل فى قسمتها المتعارفه، لأنّ الدار تحسب بجميع أجزائها مالاً واحداً مشتركاً.

[۱] إذا اشترک اثنان فى أرض و زرعها يحسب كل من الأرض والزرع مالاً مستقلاً، و لذا لو طلب أحدهما قسمه الأرض خاصه يجبر الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أكانت قسمتها قسمه تعديل أم إفراز، أمّا إذا طلب أحدهما قسمه الزرع خاصه فالمحكى عن الشيخ قدس سره إنّه لا يجبر الآخر على القسمه لعدم إمكانها فى الزرع لأنّ القسمه تتوقف على تعديل السهام و تعديلها فى الزرع عاده غير ممكن وناقش الماتن قدس سره فيه بأنّ كلامه لا يخلو عن اشكال فإنّ الذى لا يمكن فى الزرع عاده هو التعديل عيناً وأمّا التعديل قيمه فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذراً لم تصح قسمته لتحقق الجهاله فى المقسوم.

الثالثه: لو کان بینهما قرحان متعـدّده، وطلب واحد قسـمتها بعضاً فی بعض لم یجبر الممتنع[۱] ولو طلب قسمه کلّ واحد بانفراده اُجبر الآخر، وکذا لو کان بینهما حبوب

مختلفه ویقسم القراح الواحـد، وإن اختلفت أشـجار اقطـاعه، کالـدار الواسـعه إذا اختلفت ابنیتهـا ولا یقسم الـدکاکین المتجاوره بعضها فی بعض قسمه اجبار، لانّها املاک متعدّده، یُقصد کلّ واحد منها بالسکنی علی انفراده فهی کالأقرحه المتباعده.

الشَرح:

أقول: لعلّ المراد بالجهاله عـدم امکان تعـدیل السـهام حتی قیمه، ولا یبعـد أن یقال: إنّ المال المشترک إذا کان حباً مسـتوراً فی الأرض لم یخضـر أو مع اخضـراره أیضاً المسـمی بالبذر فی بعض الکلمات غیر قابل للقسـمه، لأنّ البذر قبل صـیرورته قصیلاً أو سنبلاً لا یعتبر مالاً حتّی یعدل السـهام قیمته وإن یکون ملکاً اللهمّ إلاّ أن یقال عدم المالیه بلحاظ الحاله الفعلیه لا بلحاظ اشتراک بقائه لیصیر قصیلاً أو سنبلاً أو حنطه و شعیراً کما لا یخفی.

ولو صار الزرع سـنبلاً فالمحکی فی کلام الماتن عن الشـیخ قدس سـره عدم صـحه قسـمته ولعلّه لعدم امکان تعدیل السـهام ولو بـالقیمه ولکن ضـعّفه الماتن علیه السـلام بجواز بیع الزرع قصـیلاً کان أو سـنبلاً وکان جواز البیع یلازم التقویم الـذی یـدخل فیه تعدیل السـهام بالقیمه ولکن لا یخفی أنّ جواز البیع یلازم التقویم لا تعدیل السـهام فی أبعاض العین العین قیمه کما یظهر ذلک للمتأمّل.

[۱] المشـهور بین الأصـحاب کما قیل إنّ الأملاک المتعدده التی یعد کل واحد منها ملکاً و مالاً مسـتقلاً إذا کان کل واحد منها مشترکاً بین اثنین أو أزید وطلب أحد الشـریکین الآخر بقسـمه بعضـها فی بعض بأن یکون بعضها بتمامه ملکاً له، و بعضها الآخر بتمـامه ملکـاً للشـریک الآـخر، کمـا إذا کان لهما قطعات أربع من الأرض الخالیه من الشـجر المعبر عن کل واحـد منها بالقراح، وطلب أن تکون قطعتان منها له و القطعتان

....

الشَرح:

للآـخر، أو كـان فی الخـارج صبرتـان احـداهما حنطه والاُـخری شـعیر وکـل منهما مشترک بین اثنین بالمناصـفه فطلب احـدهما القسـمه، بأن تکون احـدی الصبرتین بتمامها له والأُخری بتمامها لصاحبه، وکـذا إذا کانت لهما غیر ذلک من الـدکاکین والدور المتعـدده، ففی مثل ذلک لا یجبر الآخر علی هذه القسـمه حتی فیما لم یکن فی البین ضـرر، بخلاف ما إذا طلب قسـمه کل منها بأن یکون بعض کل منها لواحد وبعضه الآخر للآخر فإنّه یجبر علی هذه القسمه مع عدم الضرر.

وعلّلوا ذلک بأنّ هذا النحو من القسمه قسمه افراز ومع امکانها لایجبر علی القسمه بالنحو الأوّل الداخله فی القسمه التعدیلیه، لأنّ للمالک أن یتحفظ بحصّیته من المال ولو مع اجابته لطلب القسـمه أو طلبها. نعم مع عـدم امکان القسـمه إلاّ بالنحو الأوّل کما فی الثیـاب المتعـدده المشترکه کـل واحـد منها بینهما وکالـدواب والکتب وغیر ذلک جاز الاجبار علیها، واسـتثنوا من جواز الاجبار القسمه بالردّ والتزموا بعدم جواز الاجبار علیها حتی ولو یمکن غیرها.

بل استشـکلوا فی صـحه قسـمه الرد مع امکان القسـمه بالافراز أو بالتعـدیل حتی مع التراضـی، فإنّه مع امکان غیره لاتصدق علیها القسمه ولذا ذکر بعضهم عدم صحتها حینئذٍ إلاّ بایقاع المصالحه المفیده فائدتها.

ثمّ إنّه إذا طلب أحـد الشـریکین قسـمه المـال المشترک بینهمـا بالقسـمه بالنحو الثانی وجبت الاجابه لها و جاز الإجبار علیها ولو کانت القسمه بالاضافه إلی توابعه من النحو الأوّل یعنی من قسمه بعض التوابع المشترکه فی البعض الأُخری، کما إذا کانت الدار واسعه فیها أشجار مختلفه وأبنیه متعدده، وإلی ذلک ینظر کلام الماتن قدس سره ویقسم القراح

الرابع: فی اللواحق وهی ثلاثه:

الاوّل: إذا ادّعی بعد القسمه الغلط علیه، لم تُسمع دعواه[۱] فإن اقامت بیّنه سمعت، و حکم ببطلان القسمه، لأنّ فائدتها تمیّز الحق ولم یحصل ولو عدمها، فالتمس الیمین، کان له، إن ادّعی علی شریکه العلم بالغلط.

الشَرح:

الواحد وان اختلفت أشجار اقطاعه کالدار الواسعه إذا اختلفت أبنیتها.

أقول: قد تقدم أنه إذا لم تمکن القسمه بالإفراز والتعدیل یجوزلأحد الشریکین مطالبه الآخر بالقسمه الردیه، ویجب علی الآخر القبول، غایه الأمر إذا طلب کل منهما الحصه الخالیه عن الرد أو الضمیمه بها الرد یقرع بینهما ومع عدم امکان هذا النحو من القسمه ولو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص یباع المال المشترک و یقسم الثمن لهما علی ما أشرنا إلیه من السیره العقلائیه.

[۱] إذا ادعی أحد الشریکین علی الآخر وقوع الغلط لم تسمع إلاّ مع البینه به فیما أجاب الآخر بلا أدری، أمّا إذا کان نافیاً للغلط أو ادعی علیه علمه بالغلظ یتوجه الیمین علی الآخر بالحلف علی نفی الغلط أو علی عدم علمه بالغلط؛ لأنّ أصاله الصحه الجاریه فی القسمه تجعل من یدّعی الغلط مدعیاً فی دعواه فعلیه اثباته، ومع جواب الآخر بلا أدری و اعتراف المدعی بعدم العلم لم یتوجه الدعوی علی الآخر. بل الأمر کذلک حتی مع قوله بأنّه لایدری أنّ الآخر یعلم الغلط أم لا، لأنّ قوله هذا مساوٍ بأنّ الآخر مع عدم علمه به یعمل علی وظیفته.

والماتن کغیره قدس سرهم لم یتعرض لصوره نفی الآخر الغلط، فإنّه قد ذکرنا أنّ مع نفیه یتوجه إلیه الیمین علی نفیه وعدم تعرضهم له لما بنوا علیه فی موارد الدعوی علی الغیر فی فعل الآخر من أنّه لا تسمع الدعوی إلاّ مع البینه، حیث لا یمکن فیها للمدعی علیه الیمین علی فعل الآخر وهوالقاسم فی المقام، ولکن قد عرفت ما فیه.

الثانی: إذا اقتسما، ثمّ ظهر البعض مستحقاً فإن کان معیّناً فی أحدهما، بطلت القسمه[۱] لبقاء الشرکه فی النصیب الآخر ولو کان فیهما بالسویه لم تبطل لأنّ فائده الشَرح:

وبالجمله: إنّما لاتسمع الدعوی فی المقام کسائر المقامات مع عدم البینه للمدعی فیما إذا أجاب الخصم بلا أدری لا مطلقاً.

ثمّ إنّ الخصم فی دعوی الغلط هو الشریک الآخر سواء أکانت القسمه عن قاسم منصوب أم بتوکیل من المتقاسمین أو کانت بفعل الشریکین. نعم إذا کان القاسم غیرهما بالأُجره علی المدعی أو علی الشریکین فللدعوی علیه وجه لاسترداد الأُجره أو دعوی سقوطها عن عهده المدعی، ولعل ما ذکر فی القواعد یرجع إلی ذلک.

أمّا التفرقه فی سماع الدعوی بین القسمه اجباراً فتسمع دعوی الغلط مع البینه بل بدونها أیضاً علی ما تقدم وبین القسمه بالتراضی فإنّها لا تسمع لأنّ التراضی حصل منهما بتعیین حصتهما بما وقع فلا یمکن المساعده علیه؛ فإنّ التراضی بما وقع مبنی علی التعدیل وهو غیر حاصل علی دعوی مدعی الغلط.

[۱] إذا ظهر بعد القسمه بعض المال مستحقاً للغیر فإن أوجب ردّ ذلک البعض علی مستحقّه بطلان التعدیل بطلت القسمه، کما إذا اقتسما الأموال المتعدده المشترکه بینهما بتقسیم التعدیل وتعیین حصه أحدهما فی بعضها بحصه الآخر فی المال الآخر وظهر المدفوع إلی أحدهما مستحقاً للغیر، وکذا إذا ظهر لمن وقعت حصته علی بعضها أنّها ملک للغیر، وکذا فی المدفوع إلی الآخر من الشریکین مع اختلاف المالین المستحقین للغیر فی القیمه، أمّا إذا کان کل منهما مساویاً مع الآخر فی القیمه فلاتبطل القسمه لعدم بطلان التعدیل، نعم إذا أوجب ذلک خروج الباقی للشریکین عن التعدیل فی القیمه لبقاء دارٍ لاحدهما بلا طریق ماء ونحوه بطلت القسمه ببطلان التعدیل.

القسـمه بـاقيه وهو افراز كلّ واحـد من الحقّين، ولو كان فيهما لا بالسويه بطلت لتحقق الشـركه، وإن كان المسـتحقّ مشاعاً معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق والثانى تبطل لأنّها وقعت من دون إذن الشريک وهو أشبه.

الشَرح:

هـذا كلّه فيما إذا ظهر البعض المعين مسـتحقاً للغير، وأمّا إذا ظهر بعض المال بنحو الاشاعه مسـتحقاً للغير، كما إذا قسـمت التركه بين أخوين، ثم ظهر أخ ثالث، فيقال مع تساوى نسـبه المال المسـتحق للغير تبطل القسـمه بالاضافه إلى حصه الأخ الثالث، بمعنى أنّ الثالث يشترک فى كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث.

وبتعبير آخر: القسمه صحيحه بالاضافه إلى حصتى الأخوين المتقاسمين.

وعن الشيخ قدس سره فيأحد قوليه أنها تبطل من أصلها، لأنّ القسمه من المعاملات وقد وقعت بلا اذن الشريک الثالث حتى فيما كان الثالث شريكاً فى حصته أحدهما خاصه، كما إذا قسمت التركه بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجه أُخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجز الثالث تلک القسمه وإلّا صحت القسمه ويكون شريكاً مع كل من الأخوين فى ما بيده بالثلث فى الأوّل ومع ما بيـد الزوجه بالمناصـفه فى الثانى، لأنّ صـحه المعامله الفضوليه لا تختصّ بغير القسـمه بل تجرى فيها أيضاً، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد اجازه أربابها.

وظـاهر بعض الكلمات عـدم الحاجه إلى الاجازه أيضاً فيما إذا كانت النسـبه متساويه بالاضافه إلى حصتى المتقاسـمتين، كما إذا كان المال المشترک ثلاث دواب تساوى قيمه احـداها قيمتى الأخريين فاقتسـما بينهما بقسـمه التعـديل بأن أخـذ أحد الشـريكين الدابتين والآخر تلک الواحده، فإنّ الغير فى الفرض يملک من كل دابه ثلثها والنسـبه بعد القسمه أيضاً باقيه بحالها، ولكن الأظهر بطلان القسمه فى الفرض أيضاً مع عدم اجازه الغير، وذلک فإنّ النسبه ولو كانت باقيه بحالها إلّا أنّ قسمه الشريكين مع

الثالث: لو قسّم الورثه التركه، ثمّ ظهر على الميّت دين فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه[١] وإن امتنعوا، نقضت وقضى منها بالدين.

الشَرح:

الغير تختلف مع قسمه كل الشركاء، فإنّ القسمه فى الفرض تكون بقسمه الرد لا محاله، ولكن الشريكين اقتسموا بقسمه التعديل.

فالصحيح هو أنّه إذا كانت القسمه بين الشريكين المتقاسمين قسمه افراز لا ـ تحتاج إلى القرعه بين الشركاء، كما كان المال المشترك صبره من الحنطه التى بعد قسمتها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبه من كل حبه، فالقسمه المزبوره لا تحتاج إلى اجازه الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى فى مقام القسمه مع كل منهما، أمّا إذا كانت القسمه تعديليه أو افرازيه تحتاج كالتعديليه إلى القرعه مع تشاح الشركاء كالارض التى تشاح فى الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسمه ردّيه فلا تجوز القسمه الاّ بإجازه الغير.

[١] بأن أدى الورثه الدين من اموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبى دين الميت تبرعاً أو ابراء الدائن ذمته فإنّه بعد ذلك لايكون على الميت دين فتكون تركته للورثه فتصح القسمه الحاصله قبل ذلك.

ويلحق بذلك ما لو ضمن الورثه الدين على الميت للغرماء فإنّه بناءً على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمه الضامن مع عقد الضمان تبرء ذمه الميت فتصح القسمه السابقه.

وقيل: إنّ هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعباً للتركه، حيث إنّ مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض فى المسأله السابقه يعنى الثانيه تقريباً وانّما الفرق بين المفروض والمتقدم فى المسأله السابقه هو أنّ ما يستحقه الغير فى تلك المسأله كان من الحصه المشاعه وفى الفرض من قبيل الكلى فى المعين، أمّا مع كون الدين مستوعباً فلايحكم

....

الشَرح:

بلزوم القسمه لأنّ مع الاستيعاب لا تكون التركه ملكاً للورثه لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترك ويدخل فى لزوم الوفاء بالقسمه التى تدخل فى المعامله والعقد، بل يكون الورثه مالكين بعد حصولها نظير مسأله من باع شيئاً ثمّ ملك.

أقول: صحّه القسمه مع عدم استيعاب الدين أيضاً مورد المناقشه، فإنّ القسمه بالاضافه إلى مقدار الدين نظير مسأله من باع شيئاً ثمّ ملك، وبيان ذلك أنّ مع عدم استيعاب الدين أيضاً لاتنتقل جميع التركه إلى ملك الورثه ويكون استثناء مقدارها عن التركه بنحو الكلى فى المعين.

وبتعبير آخر: يكون الفرض كتقسيم الورثه تركه الميت قبل موته بلا ـ فرق بين صوره استيعاب الدين وعدمها، والأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضى بالقسمه السابقه أو اجازتها من الحاكم إذا كانت قسمه اجبار.

ثمّ إنّه يذكر فى المقام أنّه لو أدى بعض الورثه من ماله دين الميت بمقدار سهمه وامتنع البعض الآخر يباع على الممتنع ما وصل إليه من التركه بمقدار سهمه من الدين ويقال كما عن صاحب الجواهر قدس سره أنّه إذا بطلت القسمه بالاضافه إلى ما يباع فلا تصحّ القسمه المزبوره.

أقول: مع الغمض عن المناقشه السابقه لايكون فى الفرض اشكال آخر، وذلك فإنّه قد تقدم أنّه يجوز للورثه تملك التركه باداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركه التى بيد الممتنع يكون مقابلاً ـ لما تملّكه سائر الورثه من التركه باداء دين ميّتهم فيحصل التعديل فى بقيه التركه مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

ص :۲۹۹

النظر الرابع:

ص :٣٠١

تعریف المدعی والمدعی علیه

النظر الرابع:

فی أحکام الدعوی

وهو یستدعی بیان مقدمه ومقاصد.

أمّا المقدمه فتشتمل علی فصلین:

الأوّل

فی المدعی

وهو الذی یترک لو ترک الخصومه[١] وقیل هو الذی یدعی خلاف الأصل، أو أمراً خفیّاً وکیف عرفناه، فالمنکر فی مقابلته.

الشَرح:

[١] قد ورد فی الروایات أنّه یکون القضاء بالبینه للمدعی والیمین علی من ادعی علیه إذا لم یقم المدعی البینه، فیقع الکلام فی المقام فی المیزان لکون أحد المتخاصمین مدّعیاً لیطلب منه البینه، والیمین من خصمه مع عدمها. هذا بالاضافه إلی غیر الموارد التی قام دلیل خاص فیها علی کیفیه الحکم علی مایأتی، وذکر صاحب الجواهر قدس سره أنه لو اشتبه فی مورد الأمر ولم یتبین فیه المدعی من المدعی علیه ینحصر الاثبات بالبینه لأنّها حجّه شرعیه ومع فرض تعارض البینه فیه بأن کان لکل منها بیّنه یعمل علی المرجح ومع عدمه تتعین القرعه فی العمل بها.

أقول: تتضح حقیقه الحال وما فیه بعد تتمیم المقال فی میزان تشخیص المدعی من المدعی علیه، وقد ذکر الماتن قدس سره فی المیزان أنّ الذی یترک لو ترک الخصومه بمعنی أنّ خصمه لا یراجعه لو لم یراجع هو خصمه هو المدعی.

....

الشَرح:

وأورد على هـذا التعريف بـأنّه يصـدق فى موارد دعوى الحق على الغير خاصه، أمّا فى موارد دعوى سـقوط ماكان للغير عليه من الحق فلا، فإنّه لو ترك دعوى سقوط الدين عن عهدته لأخذه الآخر وطلب منه الدين.

وقـد يعتذر عن الايراد بأنّ ما ذكر فى تعريف المدعى للاشاره إلى تمييز الدعوى ببعض الجهات وإلاّ ففى الحقيقه ليس للدعوى على الغير حقيقه شـرعيه، بـل الـدعوى على معناهـا اللغـوى العر فى وهو الاخبـار الجـازم المتضـمن للحق له على الغير أو سـقوط ماكان للغير عليه.

وقد يجاب عن الايراد بأنّ المراد من تركه لو ترك الدعوى عدم مطالبته بشىء من جهه الدعوى فلاينافى مطالبته من جهه أُخرى كثبوت المال على عهدته.

وفيه: أنّ التعريف قـد ذكر للمـدعى فى مقابـل المنكر، وهو الـذيلا يترك إذا ترك انكاره ومعنى عـدم تركه مطالبته بالحق عليه للغير، فقد تحصل ممّا ذكر أنّ التعريف المزبور لايكون ملاكاً لتشخيص المدعى عن المنكر.

وقـد يقال فى ميزان كون أحد المتخاصـمين مدعياً والآخر منكراً: إنَّ المدعى من يكون قوله مخالفاً للأصل فيكون المدعى عليه والمنكر من يكون قوله موافقاً للأصل.

وقـد يورد على هـذا التعريف بـأنّه إن أُريـد من الأصـل جميع الأُصول فمن المقطوع عـدم اعتبارجميع الأُصول فى كون شـخص مـدعياً والأخر منكراً وان أريد بعضـها فيمكن أن يكون قول أحد المتخاصـمين مخالفاً لأصل وموافقاً لأصل آخر، كما يمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفاً لأصل وقول الآخر أيضاً مخالفاً لأصل آخر.

ولكن لايخفى ضعف هذا الايراد فإنّ المراد بالأصل هو الأصل المعتبر الجارى

....

الشَرح:

فى حق الشاك، والأُصول المتعدده إذا كانت بعضها موضوعيه وبعضها حكميه لا تصل النوبه إلى الأصل الحكمى مع جريان الأصل الموضوعى.

وبتعبير آخر: تشخيص المدعى من المنكر لتطلب البينه من المدعى يكون من وظيفه الحاكم الشرعى المزبور جهله بواقع الحال فى الواقعه المرفوعه إليه، فيأخذ فى تلك الواقعه بالأصل المعتبر فى حق الشاك فمن يوافق قوله مع ذلك الأصل المعتبر لا يحتاج قوله إلى اثبات ومن يخالف قوله ذلك الأصل فيطالبه بالبينه.

وممّا ذكر يظهر الجواب عمّا إذا كان قول أحد الخصمين موافقاً لأصل والقول الآخر موافقاً لأصل آخر، و وجه الظهور أنّه إذاكان أحد الأصلين موضوعياً والآخر حكمياً فلاتصل النوبه إلى الحكمى، وإلاّ تكون الواقعه من موارد التداعى لا الدعوى والانكار.

والصحيح فى الايراد عليه أنّه لا يختصّ المدعى بمن لا يوافق قوله الأصل والمدعى عليه بمن يوافق قوله الأصل، بل يعمّ المدعى كل من يكون قوله محتاجاً إلى الاثبات لكونه مخالفاً لما اعتبر فى حق الشاك، سواء أكان أصلاً عملياً أم اماره كقاعده اليد، ولعلّه لذلك عطف الماتن قدس سره كغيره المخالفه للظاهر على خلاف الأصل كما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال فى مورد أو حكم بحلف من يكون قوله موافقاً له بحيث يفهم منه اعتبار ذلك الظاهر.

والحاصل: لا يختلف الشرع والعرف فى معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف احدهما مدعياً والآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق ونحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى اثبات ما يذكره هو المدعى فالمقام نظير ما ذكرنا فى المعاملات بالمعنى الأخص من أنّ لفظ البيع مثلاً يستعمل فى كلام الشارع

....

الشَرح:

فيما يستعمل فيه عند العرف، غايه الأمر يختلف نظرهما فى مصاديقه يحيث يرى العرف تمليك الخمر بالعوض بيعاً أو المنابذه بيعاً ولايعتبرهما الشارع.

والوجه فى كون المقام نظيرها أنّ المدعى فى دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، والمراد بالحق فى المقام ما يعمّ المال على العهده والخارج وغيرهما مما يقع مورد المخاصمه والمنازعه والمطالبه كدعوى الزوجيه والوصايه والطلاق إلى غير ذلك ممّا يكون عند العقلاء ملزماً باثباتها على الغير، فربّما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجاً إلى الاثبات ولكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس وذلك لموافقته لما اعتبر الشارع فى حق الشاك.

وعلى ذلك فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ وقالت الزوجه أسلمت قبلك فلا نكاح، فإنّ الاستصحاب فى ناحيه عدم اسلامهما معاً يعارضه عدم اسلام الزوجه قبل زوجها فإنّ اسلامهما معاً موضوع لبقاء نكاحهما واسلامها قبل اسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبه إلى استصحاب بقاء نكاحهما ويوافقه قول الزوج فتكون المرأه مدعيه لزوال النكاح فعليها اثباته.

وقيل: إن قولها يوافق الظاهر لأنّ اسلامهما معاً خلاف الظاهر يعنى أمراً بعيداً، ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ موافقه الظاهر توجب كون من يوافقه منكراً، ولا يلاحظ معها موافقه الأصل، لأنّ الظاهر من قبيل الأماره ولاتصل النوبه إلى الأصل مع اعتباره، وكذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلك الظاهر وأمّا مع عدم ثبوت شىء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به فى تشخيص المدعى عن المدعى عليه.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المتعين هو القول بأنّ المدعى من ينشأ الخصومه

....

الشَرح:

فی حق له أو فی الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفاً للأصل والظاهر أم موافقاً لاحدهما، وسواء ترک مع تركه أم لم يترک، وعلى ذلک ففی مسأله اسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلام الزوجه فكل منهما مدّعٍ فيكون المورد من موارد التحالف، وإن كان مصب الدعوى بقاء الزوجيه وعدم بقائها فالمرأه مدعيه.

أقول: إذاكان أحد المتخاصمين منشأ الخصومه فی حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفاً للأصل لا محاله، لأنّ ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبوق بالعدم.

وأمّا قوله قدس سره أنّه لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلامهما يكون كل منهما مدعياً ومنكراً فلا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كان كل منهما مدعياً بالاضافه الى قوله ومنكراً بالاضافه إلى قول الآخر تكون الوظيفه مع عدم البيّنه التحالف، ولا معنى للتحالف فی مثل المقام ممّا لا يمكن الحكم معه، وإنّمايعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومه معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلک أنّ مجرّد الاختلاف فی مصب القولين كما فی قول أحدهما تقارن اسلامهما وقول الآخر تقدم اسلامها لا يوجب صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثمّ لا يخفى أنّه ربّما يسمع قوله شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعياً عرفاً، كما إذا ادعى الودعی ردّ الوديعه وأنكر صاحبها ردّها، فإنّ الأكثر التزموا فی المسأله بتقديم قول الودعی وأنّه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال و قال المالک بقائه وعدم تلفه فإنّ ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعى

شرائط سماع الدعوى

ويشترط البلوغ والعقل[۱] وأن يدّعى لنفسه، او لمن له ولايه الدعوى عنه ما يصحّ

الشَرح:

معنى شرعياً، بل الحكم فى هذه الموارد إمّا لأنّ الشارع منع من اتهام الأمين مطلقاً كما قيل من أنّ الأصل فى الأمين عدم الخيانه فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنّه من قبيل التخصيص فى قولهم البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه يختلف صدق المدعى والمدعى عليه باعتبار تضمن القول مطالبه الحق أو سقوطه، فلو اختلفا وقال مالك المال انّه وهب المال وقال صاحبه أنّه باعه منه وأخذ الثمن وكان غرض البائع من دعوى الهبه الرجوع لبقاء عين المال وغرض صاحبه أنّه لا يجوز له الرجوع لبيع المال وقبض الثمن، فيكون المدعى هو المالك لجريان الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه، ولا يجرى الاستصحاب فى ناحيه البيع لاعتراف المالك بعدم استحقاقه المطالبه بالثمن واثبات الهبه بالاستصحاب فى عدم البيع مثبت.

وأمّا إذا كان المال تالفاً وقال المالك أنّ الواقع بينهما كان بيعاً بكذا فله المطالبه بالثمن وقال الآخر انّه كانت هبه فلايستحق عليه شيئاً فالمالك مدّعٍ، لأنّ الاستصحاب يجرى فى ناحيه عدم البيع ولايعارضه الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه لعدم الأثر للهبه فى الفرض واثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

وما يقال من أنّ الميزان فى تشخيص المدعى عن المنكر مصب الدعوى، ينبغى أن يراد منه الغرض والمقصود فيما لامورد للأصل فى المصبّ إلّا بلحاظ أثر هوالغرض والمقصود.

[۱] حاصل ما ذكره قدس سره أنّه يعتبر فى المدعى أن يكون بالغاً عاقلاً وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه وأن يدعى ما يصح منه تملكه ولو ولايه أو وكاله. وهذه القيود الأربعه معتبره فى كون شخص مدعياً ثمّ أردف على هذه القيود ولابدّ من كون

منه تملّكه فهذه قيود اربعه، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ولادعواه مالاً لغيره إلّا

الشَرح:

الدعوى صحيحه لازمه وكأنّ مراده قدس سره أنّ القيود الأربعه معتبره فى كون شخص مدعياً باضافه كون دعواه صحيحه لازمه.

وكيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر فى المـدعى فنقول: لاينبغى التأمّل فى اعتبارالبلوغ والعقل فى سـماع الـدعوى لو كان المراد من سـماعها القضاء فى الواقعه وفصل الخصومه والمرافعه فيها فإنّ المتصدى لواقعتهما مرافعه وليّهما، نعم فيما إذا لم يمكن لولى الصبى المرافعه كمـا إذا ادعى الصبى أنّ الغير جنى عليه بـالجراحه أو سـلب ثيابه ونحو ذلك أو حتى ما إذا ادّعى أنّ الغير يظلمه فى التصـرّف فيـأمواله ووضع يـده عليهـا من غير ولايه أو وصايه أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولايه والوصايه فلا يبعـد سـماعها فيما إذا أحضـر بيّنه أو ذكر أنّ له بيّنه أو احتمل القاضـى علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلايبعد السـماع بهذا المعنى، حفظاً للنظام ودفعـاً للظلامـه إذا ثبتت. ولكن هـذا غير السـماع للقضـاء فى واقعه الصبى، فـإنّ الصبى لاـ يسـتحلف ولا يعتبر اقراره ولايرد عليه اليمين ولايجوز عليه أمره، اللّهم إلّا أن يقال: أنّ عدم السماع بهذا المعنى يجرى عندهم فى دعوى الوكيل بل الولى أيضاً على ما تقدم.

وقد ذكروا أيضاً أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالاً للغير على شخص مع عدم الولايه والوكاله والوصايه بالاضافه إلى ذلك الغير، ويناقش فى ذلك بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونه و دعوى الودعى والمستعير ونحوهما على غاصب الوديعه والعاريه، ويجاب عن ذلك بتعلّق حق الرهن أو الوديعه أو العاريه عنده، ولذا تسمع دعواها، ولكن يستشكل بأنّه إذا ثبت عنـد الحـاكم كونها رهناً عنـده بالشـهود أو اليمين المردوده فلا يثبت كونها ملكاً لـذلك الغير، لأنّ الـدعوى بالاضافه إلى ملكيه الغير تبرعيّه.

....

الشَرح:

ويمكن الجواب عن ذلک بان اعطاء المدين رهناً أو إيداع شخص عنده مالاً أو دفعه إليه عاريه أو استيجار شخص للاحتطاب له ونحو ذلک يتضمن الاذن من المالک الدافع أو المستأجر فی حفظ ماله بأیّ نحو يکون به حفظه حتی ما کان بالمرافعه، وهذا المقدار من الاذن کافٍ فی التوکيل فی المرافعه التی يحفظ بها المال.

والمتحصّل فيما کانت الدعوی تبرعيه بحيث لا يتعلّق بها المدعی فلا تدخل الواقعه فی الخصومه المنازعه التی أمر أطرافها برفعها إلی العالم بالأحکام ونهی عن رفعها إلی قضاه الجور.

ولا ينتقض ذلک بموارد رفع الواقعه بالقضاء حسبه فإنّ الدعوی فيها مسموعه بلاکلام، ووجه عدم الانتقاض کما أنّ فی مورد التصرّف فی مال الغير حسبه يکون للمتصرّف ولايه ذلک التصرّف کما هو المقرر فی بحث الولايه وکذلک فی مورد لزوم المرافعه يکون للمحتسب ولايه الدعوی فی ذلک المال لمالکه القاصر أو الغائب.

ثمّ إنّه ربّما باعتبار الرشد فی المدّعی فلاتسمع دعوی السفيه، کما عن الاردبيلی وغيره، ولعلّ مراده ومراد غيره قدس سرهم الدعاوی الماليه، وإلاّ فلاوجه لعدم سماع دعواه علی الغير بقذفه أو الجنايه عليه وکذا دعوی النکاح ونحوه ممّا لايکون تصرّفاً مالياً بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالی إذا لم تنتهی إلی تصرّف فی أمواله، کما إذا ادّعی علی الغير بأنّه قد باع من ولی المال الفلانی ويمتنع عن الإقباض.

وبالجمله: فيما کانت الدعوی منتهيه إلی تصرّف مالی من السفيه فی أمواله فلا تسمع تلک الدعوی لعدم تمکنه علی ذلک التصرّف، وأمّا غيره فيدخل فيما دلّ علی مشروعيه القضاء وفصل الخصومه والأمر بالقيام بالقسط والعدل بين الناس.

أن يكون وكيلًا أو وصيّاً أو وليّاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم، ولا تسمع دعوى المسلم خمراً او خنزيراً[۱]. و لابدّ من كون الدعوى صحيحه لازمه[۲] فلو ادعى هبه، لم تسمع حتى يدعى الإقباض وكذا لو ادعى رهناً.

الشَرح:

[۱] عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهده ظاهر، فإنّه لا يثبت على ذمه أحد للمسلم شيء منهما لعدم الماليه لهما شرعاً والعهده تكون مضمونه بالمال ومثل ذلك يدخل فى الدعوى الممتنع شرعاً، أمّا إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضاً ثمّ أسلم، فإنّه بعد الاسلام يستحق الثمن على عهده الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلك الكافر أيضاً.

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمراً أو خنزيراً إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه».(۱)

وأمّا إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجاً فاطلاق كثير من الأصحاب أنّها لاتسمع؛ لأنّ المسلم لايملك الخمر أو الخنزير، ولابد من حمل كلامهم على صوره عدم امكان تخليل الخمر، وإلّا يثبت حقّ الاختصاص أوالمك ولو لم تكن بها ماليه شرعاً.

[۲] ظاهر عطف اللزوم على الصحه وإن كان تغايرهما وأنّه يعتبر فى سماع الدعوى كون المدعى به تامّاً وكونه لازماً، إلّا أنّ التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الاقباض لا يناسب التغاير، فإنّ الهبه المقبوضه لاتكون لازمه

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۶۱من أبواب مايكتسب به، الحديث ۱:۱۷۲.

....

الشَرح:

لجواز الرجوع فيها.

ولا يخفى أنّ التصريح بالصحّه فى الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أىّ المعامله فى صحيحها، ولذايحمل الاقرار بها على الصحيح، ولعله لذلك اكتفى فى الدروس باعتبار اللزوم وقال: كل دعوى ملزمه معلومه فهى مسموعه فلاتصح دعوى الهبه بلا اقباض وكذادعوى الرهن ولادعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله ويلزمك تسليم المبيع، فإنّ مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمه لجواز فسخه بخيار المجلس.

وعن صاحب الجواهر قدس سره :أنّ المراد باللزوم الصحّه، فيكون عطف اللزوم على الصحّه تفسيرياً، وأنّه لا أجد فى ذلك خلافاً، ونقل عن الأردبيلى قدس سره : أنّه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبه بلادعوى اقباض حيث يمكن للمدعى اثبات عقد الرهن أو الهبه أوّلاً ثمّ يدعى الاقباض و انّه لو كان كون المدعى به أمراً لازماً غير معنى الصحه فلايفيدضمّ دعوى الاقباض أيضاً فإنّ المتهب فيما كان غير ذى رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضم دعوى الاقباض، ويلزم أيضاً عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس وزمان الخيار، ولا أظن أن يلتزم به أحد.

وقال: إنّ عقد الهبه أو الرهن بلا اقباض ليس بصحيح، أى ذا أثر ولا يعتبر فى سماع الدعوى إلّا كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقه المدعى، وهذا حاصل مع ضم دعوى الاقباض وان أمكن رجوع الواهب فيها، ومراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم امكان الرجوع بالفسخ أو الاقاله ونحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقّه المدعى على تقدير ثبوتها وضم قوله يلزمك تسليمه بمعنى أنّك لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنّه لايمكن الفسخ بعد ذلك أصلًا.

أقول: يعتبر فى صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعى به أثر فعلًا أو

التماس المنكر استحلاف المدعى

لو ادّعى المنكر فسق الحاكم، أو الشهود، ولابينه فادعى علم المشهود له، ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد، اشبهه عدم التوجه[١] لأنّه ليس حقاً لازماً ولايثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنّه يثير فساداً.

الشَرح:

مستقبلاً، ومع عدم الأثر له كذلك لا معنى للدعوى عليه و لامورد فيه للمخاصمه كما إذا ذكر لصاحب المتاع انّك وهبتنى ولكن لم تقبض، وكذا لا مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومه بنفسها موجبه للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجه لزوجها أيّام عدتها الرجعيه إنّك طلقتنى، وقال: ما طلقتك، ومن هذا القبيل إذا قال المتهب للواهب: انّك وهبتنى هذا المال الذى بيدى، قال: ماوهبتك، أو قال شخص لآخر: انّك أوصيت إلىّ، قال: ما أوصيتك، ففى مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى ولا للمرافعه ورفع الخصومه إلى الحاكم للقضاء.

وما فى كلمات الأصحاب فى دعوى الهبه المقبوضه لم يفرضوا أنّ المدعى عليه فى دعواها هو الواهب ليكون انكاره الهبه رجوعاً، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لايخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضاً حق للمدعى كما فى دعوى البيع على صاحبه فى زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه الزاماً بأحد الأمرين إمّا الوفاء وإمّا ردّ الثمن.

[١] لو ادعى المنكر على المدعى علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، ولم يكن للمنكر بينه لاثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو اثبات فسق الشهود عند الحاكم الأوّل أو الآخر فلاتسمع دعواه، أى لا يتوجّه اليمين على المدعى بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، وإذا لم تسمع دعوى المنكر فى الفرض فلايترتب على نكول المدعى ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرّد النكول، ولاباليمين المردوده

....

الشَرح:

بناءً على عدم كفايه نكول المدعى عليه بمجرّده فى الحكم بثبوت الدعوى.

وذكر رحمه الله فى وجه عدم السماع وجهين:

الأوّل: أنّ الدعوى ليست ملزمه على المدعى بمعنى أنّه لو كان عالماً بفسق الشهود أو الحاكم لا يضرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعاً ولا ينافى أيضاً بأنّه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم باقراره.

الوجه الثانى: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينه جرأه على الاستطاله على الحكّام والقدح فى الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه فى عدم لزوم الدعوى على المحكوم له عِلمَهُ بفسق الحاكم عندحكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملى وفى ما نحن فيه الأثر موجود وهو جواز المنكر عن العمل بقضائه بعدم اعطاء الحق للمشهود له أو استرداده منه ثانياً، ولذا لو اعترف المشهود له بذلك ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، وهكذا الحال فى الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعى المحكوم له بلا بيّنه فإنّ هذا يوجب اجتراء الناس على نقض الأحكام الصادره عن القضاه وامتناع الشهود عن الحضور للشهاده حذراً من القدح فيهم، ولو اغمض عن ذلك فلا موجب لرفع اليد فى المقام عن اطلاق ما دلّ على أنّ البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وربّمايعلّل عدم السماع فى المقام بأنّه لا يمكن فى المقام الحكم ببطلان القضاء الأوّل بنكول المدعى عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلك باليمين المردوده عن المحكوم له إلى المنكر المدعى بعلم

وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى، منضمه إلى الشهاده، لم يجب اجابته لنهوض البينه بثبوت الحقّ[۱].

الشَرح:

المحكوم له، ويستظهر ذلك من عباره الماتن أيضاً حيث إنّه قدس سره لم يأت بال «فاء» فى قوله لايثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، بل أتى بال «واو» وقال: ولا يثبت بالنكول واليمين المردوده، ولكن التعليل ضعيف فإنّه لامانع عن الالتزام بعد توجّه اليمين على نفى العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردوده.

[۱] على المشهور، والوجه فى ذلك أنّ المدعى يثبت دعواه بالبينه، فلايحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأنّ البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأنّ اليمين على المدعى عليه فيما لم يقم المدعى البينه بحقّه، ويشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينه على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا»(۱)، ونحوها صحيحه أبى العباس.(۱)

نعم فى خبر سلمه بن كهيل عن على عليه السلام فى آداب القضاء قوله عليه السلام لشريح: «وردّ اليمين على المدعى مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى وأثبت فى القضاء»(۲)، ولكن قد تقدم ضعف سنده، ومع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعاً، بل لظهور كونه أثبت للقضاء وأجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أمّا ما فى مكاتبه الصفار إلى أبى محمّد عليه السلام «هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين»(۴) فقد تقدم سابقاً أنّها معرض عنها عند المشهور، ومع الاغماض عنه أنّها وارده

۱- (۲) المصدرنفسه: الحديث ۴: ۱۷۸.

۲- (۳) المصدرنفسه: الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۷۳.

....

الشَرح:

فی شهاده الوصی للمیت فیمکن أن یکون وجه الحاجه عدم سماع شهاده الوصی للمیت، ولذا یحتاج إلی یمین المدعی أو یرفع الید عن الاطلاق المتقدم فیما کان أحد الشاهدین للمیّت وصیّه.

ثمّ إنّه لا ـ فرق فی عدم وجوب الاجابه بین موارد دعوی الدین علی المدعی علیه أو دعوی العین، کما هو مقتضی اطلاق ما تقدم.

وعن القواعد أنّه بعد أن ذکر الحکم المزبورقال: لو التمس المنکر بعد اقامه البینه علیه استحلاف المدعی علی الاستحقاق أُجیب إلیه، ولو التمس المنکر یمین المدعی مع الشهاده لم یلزم اجابته.

وفسّره فی الجواهر أنّ المراد بالثانی موارد دعوی العین وانّ المنکر الذی بیده العین لو التمس یمین المدعی مع بیّنته لم یلزم اجابته لأنّ البیّنه تثبت الملکیه الفعلیه للمدعی وتکون معارضه مع ید المنکر فتقدم علی الید لأنّه لا اعتبار بالید مع البینه علی خلافها، والمراد بالفقره الأُولی دعوی الدین فإنّ المنکر المدعی بالبراءه عن الدین لو التمس الحلف بأن یحلف المدعی علی استحقاقه الدین علیه بعد البینه بأصل الدین أُجیب إلیه الحاقاً للمورد بمورد الدعوی علی المیت، لأنّ البینه فی المقام أیضاً قد شهدت بأصل الدین، غایه الأمر فرق بینهما من جهه أُخری، وهو أنّ الدعوی علی المیت تحتاج إلی الیمین مع البینه المعبّر عنها بیمین الاستظهار بلافرق بین سؤال المدعی علیهم أم لا، بخلاف المقام فإنّ استحقاق الیمین موقوف علی سؤال المنکر.

ثمّ نقل عن المبسوط ما ظاهره أنّه لو طلب المنکر الحلف علی بقاء الدین وعدم سقوطه أُجیب إلیه، أمّا إذا طلب الحلف علی أصل ثبوت الدین بأن قال أنّه بری ء من الأوّل لم یلزم الجواب، و وجه الظهور أنّه تعرض الشیخ قدس سره لکیفیه حلف المدعی

وفى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد[١] منشأه أنّ الإقرار لايثبت حقاً فى نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهراً.

الشَرح:

والمحلوف عليه فيها بقاء الدين على العهده.

أقول: لو كان المنكر لأصل الـدين مـدعياً بأنّه قد أبرأه داينه، أو أنّه اقتضـى دينه فهذه دعوى على داينه ولو لم يكن انكاره الأوّل تكـذيباً لهـذه الـدعوى، كما إذا اعتـذر عن انكاره بعـدم البينه له بالابراء أو الاقتضاء واعتقاده عـدم تمام البينه للمـدعى يكون له اسـتحلاف المدعى فيما إذا شـهدت بينته بأصل الدين، وأمّا إذا لم يكن مدعياً بأن قال: أنّى احتمل ابرائه عهدتى ونحوه فلاتسمع ليتوجه إلى خصمه اليمين.

والحاصل: لا يقاس المقام بالـدعوى على الميت، حيث لا يعتبر فى المـدعى عليه البيّنه مجرّده، والتعليل الوارد فيه فى الحاجه إلى يمين المدعى مع ضعف مستنده لا يعمّ المقام، فإنّ من عليه الدين فى المقام حىّ فعليه اقامه البينه على اداء دينه كما لا يخفى.

[١] إذا لم تكن الـدعوى على الغير ثبوت الحق له واقعاً، بل كانت دعواه أن ذلك الغير اعترف بأنّ له حقّ كـذا عليه أو مال كـذا بيده فهل يتوجّه اليمين إلى الخصم فيما أنكر اعترافه أو أنّه لاتسمع الدعوى المزبوره إلّا بقيام البينه باعترافه بالحق؟

قيـل: لاـ تسـمع دعوى الإـقرار بـدونها فإنّه يعتبر فى توجه اليمين على المنكر أن يـدعى عليه الحق الواقعى والاقرار وأن يؤخـذ به المقرّ إلّا أنّه لا يقتضى ثبوت الحق واقعاً، فلاتكون دعوى اعترافه اخباراً بثبوت الحق الواقعى له.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ صـدق الـدعوى على دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار وقد تقدم أنّه لا يعتبر فى المدعى به إلّا كونه ذا أثر

ولاتفتقر صحه الدعوى إلى الكشف، فى النكاح ولاغيره[۱] وربّما افتقرت إلى الشَرح:

فيعمه قولهم عليهم السلام «البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه»(۱)، ويظهر ذلك عن القواعد والمسالك والايضاح وغيرها.

و على ذلك فإن نكل المنكر يحكم ثبوت الحق ولو بعد ردّ اليمين على مدعى اقراره سواء حلف المدعى على اعترافه أو على ثبوت الحق له واقعاً، لأنّ اعتراف خصمه طريق إلى ثبوت ذلك الحق له فيكون حلفه عليه مع العلم وإن لم يعلم الحق بسببه الواقعى، كما لا يبعد عدم الزام الخصم بخصوص الحلف على عدم اقراره له بل يكفى حلفه على عدم الحق عليه أو عنده.

وهذا نظير ما يقال: إنّه إذا ادعى عليه الاقتراض أو البيع منه نسيه ليثبت اشتغال ذمته يجوز له الحلف على براءه ذمته.

لا يقال: إذا كان مقترضاً أو مشترياً، ولكن قد أدى ما عليه يتعين الحلف على البراءه، ولا يجوز له الحلف على عدم الاقتراض أو الشراء.

فإنّه يقال: قد ذكر فى بحث حرمه الكذب الكلام فى جواز الكذب والحلف كاذباً لدفع الضرر عن نفسه وماله وعرضه، فيدخل المقام فى تلك الكبرى.

[۱] ذكر قدس سره أنّه لا يتوقف سماع الدعوى بلزوم مطالبه الجواب عن الخصم وتوجّه اليمين إليه مع انكاره على الكشف عن خصوصيات المدعى به.

وقال فى الجواهر فى ذيل ذلك: لا يتوقف سماع دعوى الملك على بيان سببه سواء ادعى العين أو الدين بلاخلاف، بل الاجماع على قسميه على ذلك، بل قيل انّه لا خلاف فى ذلك عند العامه أيضاً، وكذا إذا كان المدعى به النكاح أو غيره من العقود بأن يتوقف سماع دعوى النكاح أو الزوجيه على الكشف عن خصوصياته بأن يقول

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۵:۱۷۱.

ذلك فى دعوى القتل[١] لأنّ فائته لا يستدرك.

الشَرح:

وقع فى زمان كذا و مكان كذا بعقد دائم فى حضور فلان وفلان و نحو ذلك، بلاخلاف عندنا، وعن الشافعى الحاجه إلى الكشف فى النكاح مطلقاً فى وجه، وفى وجه آخر يحتاج إلى الكشف فيما كان المدعى به الزوجيه، أمّا إذاكان النكاح فلايحتاج، وعن بعض أصحابه أنّ الكشف مستحب، وعن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجه إلى الكشف فيما كان المدعى به النكاح حدوثاً وأمّا إذا ادّعى بقائه فلايفتقر إلى الكشف. وللشافعى أيضاً قول بالاحتياج إلى الكشف فى غير النكاح من العقود مطلقاً، وفى وجه آخر فيما إذا كانت الدعوى متعلقه بالجاريه وذلك للاحتياط فى الفروج.

أقول: صدق الدعوى على الغير التى تكون البينه فيها على المدعى واليمين على المدعى عليه لا تتوقف على الكشف، والتفصيل فى دعوى الملك من غير فرق بين دعوى العين أو الدين، وكذا غير الملك، إلاّ أنّه يلزم أن تكون الدعوى متضمنه بمايطالب الآخر به أو سقوط ماكان للآخر عليه، وعلى ذلك فمجرّد قول المرأه أنّها زوجه فلان من غير أن تتضمن مطالبتها بصداقها أو غيره لايحسب أنّها دعوى عن الرجل، حيث تحتمل الزوجيه الانقطاع، ومعه لايكون مجرّد الكشف عنها مطالبه الرجل بشىء، نعم لا يعتبر أن يكون الكشف قبل سؤال الحاكم أو ارشاده بأنّ الدعوى أن يقول انسان شيئاً يطالب خصمه به، وهذا بخلاف دعوى الرجل زوجيه امرأه فان دعواها تتضمن مطالبه المرأه بحق الاستمتاع منها.

[١] ظاهر كلامه قدس سره أنه قد يفتقر سماع الدعوى فى القتل إلى الكشف عن الخصوصيات وعلّله بأنّ فائته لا يستدرك، وأضاف عليه فى الجواهر اختلاف أسبابه قيل فلابدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ وبأنّه قتله وحده أو مع غيره بالمباشره أو التسبيب، وحكى عن المبسوط الاتفاق على ذلك، وقال إن لم يثبت الاجماع على ذلك

ولو اقتصرت على قولها هذا زوجي كفى فى دعوى النكاح ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجيه لأنّ ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه [١] ولو انكر النكاح لزمه اليمين ولو نكل قُضى عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر تردّ اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجيه وكذا السّياقه لو كان هو المدعى.

الشَرح:

فلا يخلو اعتبار الكشف عن الاشكال لأنّ الاعتبار وعدم سماع الدعوى قد يوجب ذهاب دم امرى ء مسلم. كما إذا نسى المدعى الخصوصيه أو لم يتعرض لها لتردده فيها.

بل قد يقال: إذا أحرز القتل فيمكن احراز كونه خطأ بالاصل، ولذا قال فى الدروس والمصنّف فى كتاب القصاص الأقرب الاكتفاء فى دعوى القتل بعدم التفصيل وكما عن الأردبيلى قدس سره ، بل ربّما يظهر من المصنّف رحمه اللّه فى المقام التأمّل فى اطلاق اعتبار التفصيل، حيث عبّر بكلمه ربّما افتقرت إلى ذلك فى دعوى القتل.

وبالجمله: لا فرق بين دعوى القتل وغيره وأنّه إذا فرض عدم ترتب أثر على الكلى فى غيره أيضاً لم تسمع الدعوى به وإلاّ سمعت.

أقول: ماذكره قدس سره أخيراً لعلّه ما ذكرناه فى ذيل قول الماتن قدس سره ولا يفتقر صحّه الدعوى إلى الكشف فى النكاح.

[١] ذكر قدس سره أنّه لو قالت المرأه فى مقام الدعوى أنّ هذا زوجى لكفى فى السماع ولا يتوقف على شيء من حقوق الزوجيه، لأنّ قولها هذا زوجي يتضمن المطالبه بتلك الحقوق، ولا يخفى أنّ هذا ما ذكرنا سابقاً من اعتبار ظهور الدعوى فى مطالبه الآخر بحق أو مطالبته برفع اليد عمّا كان له من الحق سواء أكان هذا بالذكر فى الدعوى أم بقرينه المقام، هذا فى قول الزوجه، أمّا إذا ادّعى الرجل زوجيه امرأه فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتى، يكون بمجرّده دعوى عليها.

....

الشَرح:

وكيف ما كان فقد ذكر قدس سره كما عليه المشهور فى كلامهم: أنّ الرجل إذا أنكر كونه زوجاً لهايتوجّه إليه اليمين مع عدم البيّنه للمرأه كما هو الفرض، وإنّه لوحلف على عدم الزوجيه سقطت دعواها ولو نكل يحكم بكونه زوجاً لها بناءً على أنّ النكول كافٍ فى الحكم فى ثبوت المدعى به. وعلى القول الآخر يرد اليمين على المرأه ويحكم بثبوت دعواها بحلفها، وكذا الكلام فيما كان الرجل مدعياً بأن قال: هذه زوجتى، وأنكرتها المرأه، فتتوجه اليمين على المرأه، فإن حلفت سقطت دعواه، وإن نكلت يحكم بثبوت الزوجيه بمجرّد النكول أو مع حلف الرجل بردّ اليمين عليه على القولين، وعن العلاّمه فى التحرير: أنّه لو حلفت المرأه على الزوجيه يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمه ذلك عليه وأنّها ليست بزوجته ومن حكم الحاكم بالزوجيه.

أقول: يجرى الاشكال فيماإذاكان الرجل مدعياً وإنّه لا يجوز للمرأه تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنّه أجنبى.

وذكر فى الجواهر فى ذيل كون الرجل مدعياً والمرأه منكره أنّ مع الحكم بثبوت الزوجيه بمجرّد نكولها أو مع اليمين المردوده على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجوب التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجيه، أو كانت المرأه معتقده بوجوب التمكين مع الحكم وانّ المرأه لا تستحق شيئاً بدون الوطى لاعترافها بعدم استحقاقها بشىء من المهر بدون الوطى، وفى كشف اللثام يجب فى هذا الفرض يعنى كون الرجل مدعياً نفقتها عليه لحبس المرأه على الرجل، وقال: وفيه نظر؛ انتهى.

ولا يخفى أنّه لو كانت هى المدعيّه للزوجيه وأثبتها بالنكول أو اليمين المردوده عليها يجوز لها الزام الزوج بنفقتها لكونها زوجه بزعمها واثبتتها بالحكم والمفروض

....

الشَرح:

تمكينها من الرجل، وهذا تمام الموضوع للزوم النفقه على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعياً لها وأثبتها بنكولها أو باليمين المردوده عليه، فإنّه لا يجوز لها الزام بنفقتها لاعترافها بأنّها لا تستحق النفقه عليه، ومجرّد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول وبين نفقتها، فإنّها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذاً باعترافها كذلك الأمر فى نفقتها ولو مع الجبر عليها بالدخول، والأمر فى ميراثها من زوجها كذلك.

ثمّ إنّ الاشكال فى الميراث وجواز التمكين والمطالبه بالنفقه تجرى حتى فيما إذا أثبت المدعى بالزوجيه بالبيّنه، كما يظهر وجهه للمتأمّل.

وظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقاً ويظهر من كلام الماتن قدس سره أيضاً أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعى عليه فله ردّها على المدعى فإن حلف ثبتت دعواه، وإلاّ سقطت وإنّه إذا لم يحلف المدعى عليه ولم يردّها على المدعى يحكم بثبوت الدعوى أيضاً بالنكول أو باليمين المردوده من قبل الحاكم بلافرق بين دعوى الماليات أو الأعراض والنفوس والأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

ويستدل على ذلك بعده روايات، منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام «فى الرجل يدّعى ولا بيّنه له؟قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(١)، ونحوها معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له»(٢)، فإنّ مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالاً أو

....

الشَرح:

غیره، وفی صحیحه هشام عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «تردّ الیمین علی المدعی».(۱)

وقد ذکرنا سابقاً أنّ المراد بالحق فی مثلها دعوی المال دیناً أو حتی عیناً بقرینه أمرین:

أحدهما: کثره اراده المال من الحق عند اطلاقها، کما فی جمله من الروایات الوارده فی ثبوت دعوی الحق بشاهد ویمین، وما ورد فی الدعوی علی المیت کروایه عبدالرحمان بن أبی عبداللّه المتقدمه(۲)، ونظیر مرسله أبان عن رجل عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی الرجل یدعی علیه الحق ولیس لصاحب الحق بینه؟ قال: یستحلف المدعی علیه فإن أبی أن یحلف وقال: أنا أرد الیمین علیک لصاحب الحق فإنّ ذلک واجب علی صاحب الحق أن یحلف ویأخذ ماله».(۳) ولا یحتاج فی اثبات کون اطلاق الحق یراد به المال إلی ملاحظه السند فی الروایات الداله علیه کمایظهر وجهه للمتأمّل، فإن تعارف الاستعمال لا یحتاج إلی ثبوت وثاقه الراوی.

وثانیهما: وهوالعمده ظهوربعض الروایات کمعتبره عبید بن زراره فی تخییر المدعی علیه بین الحلف والرد، ولا یمکن الالتزام بذلک إلاّ فی مثل المالیات، فإن رد الیمین من المنکر لقتل العمد علی مدعیه ممّا لایحتمل جوازه، وکذا فی موارد دعوی الزوجیه المأمور کل من المتخاصمین بحفظ الفرج. وعلی ذلک فلایبعد الالتزام باختصاص مسأله ردّالیمین إلی الدعاوی المالیه وفی غیرها مع اباء المنکر عن الیمین یجبر علی الاقرار أو الحلف، ومع عدم امکانه یقف القضاء، ولو قیل باطلاق ردّ الیمین فلا ینبغی التأمّل فی عدم جواز ردّها علی المدعی من المنکر العالم بالحال فی الموارد المشار إلیها.

ص: ۳۲۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۵:۱۷۶.

۳- (۳) المصدرنفسه: الباب ۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱:۱۷۳.

ولو ادعى أنّ هـذه بنت امته، لم تسـمع[۱] دعواه لاحتمـال أن تلـد فى ملـك غيره، ثم تصـير له وكـذا لو قال، ولـدتها فى ملكى لاحتمال أن تكون حره وملكاً لغيره وكذا لاتسمع البيّنه بذلك، ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه و كذا البيّنه.

الشَرح:

[۱] ذكر أنّه لا تسـمع الدعوى فيما إذا قال هذه بنت أمته، فإنّ القول المزبور لا يعدّ دعوى بملكيّه البنت لاحتمال كونها بنتاً لأمته ولم تكن مملوكه له، كما إذا صارت أمّها ملكاً له بعـد أن تلـدها فى ملك غيره، وكـذا لا تسـمع الـدعوى بأنّها ولـدتها فى ملكه لاحتمال كون البنت حره، كما إذا وطئها حرّشبهه أو بالتحليل أو ملكاً لغيره ولو بالشرط فى شراء امّها أو غير ذلك.

والحاصل: سماع دعوى ملك البنت يحتاج إلى ذكر أنّ البنت ملكه، وكذا يعتبر فى سماع البينه بملك البنت تصريح الشهود بأنّ البنت ملكه ومثـل القول فى بنت الأـمه، القول فى ثمره النخـل، ولو قال هـذه مشـيراً إلى ما فى الخارج ثمره نخلى لا تسـمع مالم يـذكر أنّها ملكى، وكـذلك الأمر فى الاقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بيـده ثمره نخل فلان، أو أنّ هـذه البنت بنت المملوكه لفلان فلا يلزم بأنّ الثمره أو البنت بيـده ملك الغير، وهذا فيما فسـرّ اقراره بنحو لا ينافى كون الثمره أو البنت ملكاً لنفسه وليس كذلك الاـعتراف بـأنّ الغزل بيـده من قطن فلاـن أو الـدقيق بيـده من حنطه فلاـن، فإنّه يلزم باعترافه ويحكم بأنّ الغزل أو الـدقيق لفلان، والفرق أنّ الغزل أو الدقيق نفس القطن والحنطه قد تغيّر وصفهما بخلاف الثمره فإنّه من النماء المنفصل وكذا بنت الأمه.

أقول: ينبغى التعرض لأُمور تتعلّق بكلامه قدس سره :

الأوّل: ما ذكره أنّها لايسـمع قوله فيما كـذا قال مشـيراً إلى البنت ولـدتها اُمّها فى ملكى، فإنّه نقل فى الجواهر عن لقطه المبسوط والتذكره سماع الدعوى والبيّنه، بل فى التذكره دعوى الاجماع عليه، وذكر فى وجه السماع ولعلّه لاصاله تبعيه النماء للأصل

ومثله لو قال: هذه ثمره نخلی. وكذا لو أقرّ له من الثمره فی یده، أو بنت المملوكه، الشَرح:

ولكن هـذا الأصل یعتمـد علیه مع عدم ید الآخر علی النماء حیث لا اعتبار للأصل المزبور ولابغیره ممّا هو أقوی من هذا الأصل، وكلاـم الأصـحاب فی المقام فی الـدعوی علی الآخر فیكون المفروض فی كلامهم كون البنت بیـد الآخر، ولایقاس بباب اللقطه المزبور فیه عدم الید لآخر أو اعترافه بأنّ ما بیده لیس ملكاً له.

أقول: انقطـاع الأصل المزبور بقاعـده الیـد یوجب أن یكون صاحب الیـد هو المـدعی علیه، ومن قال للآخر: ما بیـدك من البنت ولدتها أمها فی ملكی مدّعیاً، لا أن لا تسمع دعواه.

وبـالجمله: لو كـان لقوله فی مقام الـدعوی هـذه البنت ولـدتها أُمّها فی ملكی ظهور فی دعوی ملكیته البنت لمالك الأم كما هو المفروض فاللازم سـماع الـدعوی، بل الأمر كـذلك لو قال فی مقام الدعوی أنّها بنت أمته وإن لم یكن هذا الظهور بأن لم یكن القول المزبور فی ذلـك المقام، كما إذا كانت البنت بیـده وقال ذلك جواباً عمّن یـدعی ملكیه البنت یكون ظاهره الإنكار، وقد تقدم أنّه لا یعتبر فی سماع الدعوی وترتیب مایترتب علیها إلاّ ظهور قوله فی الدعوی علی الغیر ولو كان الظهوربقرینه المقام.

الثانی: أنّه قد قید الماتن قدس سره عدم سماع الاقرار بأنّ ما بیده من الثمره نخل فلان أو البنت بنت المملوكه لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ینافی مالكیته نفسه للثمره والبنت، ومقتضاه أنّه إذا لم یفسّر المقرّ قوله یكون اقراراً بملكیّه الغیر للثمره أو البنت.

وعلیه فیشـكل الأـمر بین كونهمـا بیـد الغیر وقـال: أنّها ثمره نخلی أو بنت مملوكتی فلاتسـمع لأنّه لایكون دعوی علی الغیر وبین كونهما بیده وقال الثمره لنخل زید أو البنت بنت أمه زید فیحسب مع عدم التفسیر اقراراً علی نفسه، مع أنّه لو اعتبر الظهور لاعتبر فی كلا المقامین وان اشترط التصریح لم یقید عدم سماع الاقرار بصوره التفسیر

لم يحكم عليه بالإقرار، لو فسره بما ينافی الملك. ولا كذا لو قال: هذا الغزل من؟ قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

الشَرح:

بل لايسمع مطلقاً كعدم سماع الدعوی.

وقـد تعرّض للاشـكال فی المسالك وذكر أنّ العلاّمه فی القواعد والتحرير تبع المصـنّف رحمه اللّه فی تقييد الإقرار، وأجاب فی الجواهر عن الاشـكال بأنّه لايظهر من عباره المصـنف أو العلاّمه اعتبار التفسـير بنحو التقييد فی عدم سـماع الاقراربأنّ يعقب قوله هذه ثمره نخلتك بقوله ولكنها ملكی بلافصل، بحيث لو فسّـره بقوله ولكنهاملكی بعد حين لم يسمع التفسير لأنّه من الانكار بعد الاـقرار، بل المراد أنّه لا يحكم علی القول المزبور بأنّه اقرار ولو فسّـره بعـد حين بمالا ينافی الملك و ليس ذلك إلاّ لعـدم كونه اقراراً بملك الغير فی نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن قدس سره فی الغزل والحنطه قرينه واضحه علی كون مراده من التفسير غيرصوره عدم التعقيب بلافصل وإنّه لا يكون اقراراً مطلقاً.

الثالث: أنّه قدس سـره ذكر أنّ هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطته يسـمع ويلزم بالاقرار، ولكن لابدّ من حمل ذلك علی صوره عـدم تعقيبه بلاـ فصـل بمـا لاـ ينـافی ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أی اشتريته منه، وكـذا فی الحنطه، وهـذا ما ذكرنا أنّ ما ذكره فی الغزل والدقيق قرينه علی أنّ المراد من التفسير فی الثمره والبنت صوره عدم التعقيب.

الفصل الثانی

فی التوصل إلی الحقّ [۱]

من کانت دعواه عیناً فی ید انسان، فله انتزاعها و لو قهراً، ما لم یکن فتنه، ولا یقف

الشَرح:

[۱] قد ذکر تقسیم الحق إلی العقوبه والمال، فالأوّل کالقصاص وحدّ القذف، وادعی أنّ الاستیفاء فی الأوّل یحتاج إلی مراجعه القاضی والحاکم، لعظم خطره والاحتیاط فیه وإنّ استیفاءه من وظیفه الحاکم علی ما تقتضیه السیاسه وزجر الناس.

وفی الکفایه لا أعرف فی ذلک خلافاً، وفی الجواهر أنّ اطلاق السلطان علی ولی الدم فی قوله سبحانه: «وَمَن قُتِلَ مُظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِیِّهِ سُلْطَاناً»(۱) وتسلّط الناس علی استیفاء حقوقهم اسقاطاً واستیفاءً یقتضی عدم اعتبارالرفع إلی الحاکم مع معلومیه الحال واقرار من علیه الحق، کما یقتضی أنّ المباشر للاستیفاء من له الحق لا الحاکم.

أقول: یأتی فی باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظیفه الحاکم لا فرق بین کونه من حق الناس کالقذف أو غیره لاطلاق بعض ما ورد فیه، بل یظهر من بعض الروایات أنّ حق القصاص أیضاً کذلک، فیکون المراد من سلطنه ولی الدم اتباع نظره فی الاستیفاء والاسقاط، کما هو کذلک فی حق القذف أیضاً، نعم قد ورد فی بعض الحدود الترخیص للکلّ فی اجرائها مع کونها من حدود اللّه سبحانه کالحد فی سب النبی صلی الله علیه و آله

۱- (۱) الاسراء: ۳۳.

....

الشَرح:

وسائر المعصومين عليهم السلام ، وكذا فى حد ارتداد الرجل عن فطره، وتمام الكلام فى محلّه، والكلام فى المقام فى الحق المالى.

فقد ذكر الماتن قدس سره كغيره أنّ من كانت دعواه عيناً بيد الغير مع اعتراف ذلك الغير بأنّها أو مع عدم اعترافه يجوز للمدعى أخذها منه قهراً ما لم تكن فتنه، ولا يحتاج الأخذ إلى الاذن من الحاكم الشرعى، و ربّما قيل وإن استلزم الأخذ ضرراً على المأخوذ منه كتمزيق ثوبه وكسر القفل ونحو ذلك، بل وإن أثار فتنه بنحو لاتصل مرتبه يمكن معها دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل يترتب عليه الفساد المزبور، حتى ما إذا كان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، ولا يعتبر أن يكون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلوميّه، بل يكفى فى عدم الجواز كونه مظنه لذلك الفساد، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى بيع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال و ربّما يشير إليه قوله سبحانه: «إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةٌ فِى الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ».(۱)

أقول: إذا كان من بيده المال معترفاً بأنّ المال له أو على علم بأنّه له فلا ينبغى التأمّل فى جواز الأخذ ولو قهراً عليه وان استلزم ذلك الضرر على الممسك بالمال بلاحق لسقوط حرمه ما يتلف عليه فى الأخذ المزبور، بل يجوز الأخذ بأى ضرر عليه فيما إذا كان ذلك للدفاع عن ماله كما إذا توقف الأخذ على ذلك.

وأمّا إذا لم يكن المأخوذ منه معترفاً ولاعالماً بأنّ المال بيده للغير فإن أمكن أخذ ماله من يد الممسك به من غير أن يستلزم التصرّف فى مال آخر للممسك أو ضرر

۱- (۱) الأنفال:۷۳.

ذلک علی اذن الحاکم ولو کان الحقّ دیناً، و کان الغریم مقرّاً باذلاً لم یستقل المدعی بانتزاعه[۱] من دون الحاکم، لأنّ الغریم مخیّر فی جهات القضاء، فلا یتعین الحق فی شیء دون تعیینه، او تعیین الحاکم مع امتناعه.

الشَرح:

بکسر قفله و نحوه ففی جواز الأخذ مع امکان المراجعه إلی الحاکم والأخذ بقضائه ولو کان جائراً اشکال، لعدم اضطراره إلی التصرّف المحرم لترتفع حرمته.

نعم لا تبعد المقاصه فی الفرض من ماله لاطلاق بعض الروایات الوارده کصحیحه أبی العباس البقباق «أنّ شهاباً ما راه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم، قال أبوالعباس: فقلت له: خذها مکان الألف الذی أخذ منک فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی أبی عبداللّه علیه السلام فذکر له ذلک، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ وتحلف».(۱) فإنّها تعم صوره کون الألف الذاهب عیناً أو دیناً، کما تعم صوره بقاء الألف وعدمه. وفی صحیحه داود ابن رزین قال: «قلت لأبی الحسن موسی علیه السلام أنی أخالط السلطان فتکون عندی الجاریه فیأخذونها والدابه الفارهه فیبعثون فیأخذونها ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولاتزد علیه»(۲)فإنّها تعم صوره امکان الأخذ بماله بالقضاء وعدمه.

[۱] یملک الدائن فی موارد الدین المال علی ذمه المدین، وانطباق ما فی ذمته علی المال الخارجی یتوقف علی قصد الدافع بالمال المدفوع خارجاً اداء ما بذمه المدین سواء کان الدافع هو المدین أو وکیله أو ولیّه أو المتبرع، ویتعین المال المدفوع فی الاداء بقبض الدائن مباشره أو توکیلاً أو ولایه أو اجازه الدائن القبض الواقع فضولاً.

وبالجمله: یکون اداء الدین وتعیّنه فی المال الخارجی بقصد الاداء من الدافع وقبض المستحق کما ذکر، حیث إنّ اداء الدین من العناوین القصدیه، فلایتحقق إلاّ

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب مایکتسب به، الحدیث ۲، ۱:۲۰۵

....

الشَرح:

بالقصد من الدافع والقبض من المستحق.

نعم لو قام دليل فى مورد على تعيين ما على العهـده بمجرّد العزل بـدون قبض المسـتحق كتعيّن زكاه الفطره بالعزل يؤخـذ به فى مورد دلالته، وربّما احتمل بعضـهم فى تعيّن اداء الدين فى القبض الخارجى قصد المسـتحق أيضاً التسـلّم بأن يلتفت حين القبض أنّ الـدفع إليه بعنوان الوفـاء بالـدين، ومع عـدم التفـاته يشـكل الاـلتزام بالوفاء، ولكن الصـحيح عـدم اعتبارذلك بل الملاك فى تحققه قبضه، ويشـهد لذلك صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لاتنام فيـدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصـله ولا يعلمه أنّه أخذ له مالاً فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبارقصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصدق الوفاء بالدين بدونه عرفاً.

وممّا ذكرنايظهر أنّه لو وقع بيـد الـدائن مال من المـدين، ولوكان من جنس ما على عهـده المـدين، وبمقـداره لا يتعيّن الدين فى ذلـك المال، ولو مع قصـد الـدائن تملكه بعنوان الأخـذ بـدينه نعم لو فعل ذلك وأجاز المـديون يتحقق باجازته وفاء ما عليه من الـدين لجريان الفضوليه فى القبض أيضاً كما ذكر فى محلّه. وعلى ذلك ففيما إذا كان اداء الدين بمال المدين فلابدّ من تصديه مباشـره أو توكيلاًـ أو يتصـدى بـذلك من له ولاـيه عليه، كمـا إذا كـان المـدين غائبـاً أو ممتنعـاً فإنّ للحاكم الولايه على الغائب والممتنع، هذا بحسب القاعده الأوليه.

ولكن وردت روايات بجواز تقاص الـدائن دينه من مال المـدين إذا وقع بيده، والكلام فى مقدار دلاله تلك الروايات، ولا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا كان المدين معترفاً بالدين وباذلاً له فلا يجوز التقاص ممّا يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض فى هذا

....

الشَرح:

الفرض عذر للمدين كالغيبه والحبس تصدى لاداء دينه الحاكم، وهذه الصوره خارجه عن الروايات المشار إليها.

كما أنّه لا ينبغى التأمّل فى جواز التقاص فيما إذا جحد المدين على دائنه الدين، فامتنع عن ادائه، فإن هذا الفرض مدلولها تعييناً، وفى معتبره أبى بكر الحضرمى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه وذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذى ذهب بماله مال قبله أيأخذه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم».(۱)

نعم تأمّل بعضهم فى شمولها لما إذا كان المدين معترفاً بالدين ولكن يمتنع عن ادائه ولو بالمماطله اللاحقه بالامتناع، أو كان جاحداً ولكن للدائن بيّنه بدينه فيمكن له استيفاء الدين بالمحاكمه إلى الحاكم، ولكن الأظهر جواز التقاص فى الصورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا بالاضافه إلى الامتناع كصحيحه أبى البقباق المتقدمه فإنّها باطلاقها تعمّ الامتناع عن الاداء كما لا يخفى وأمّا بالاضافه إلى صوره جحوده ولو مع البيّنه للدائن فإطلاق معتبره أبى بكر المتقدمه. وفى خبر جميل بن دراج «قال: سألت أباعبداللّه عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم».(۲)

وأمّا الصوره الخامسه: فهى ما إذا كان امتناع المدين عن الاداء بحقّ، كما إذا لم يعلم ثبوت المال على عهدته، فإنّه يقال بعدم جواز التقاص فى الفرض بل يترافعان، ولكن لا يخفى أنّ اطلاق صحيحه أبى البقباق يشمل الفرض أيضاً لصدق أنّه ذهب ألف أو

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب مايكتسب به، الحديث ۵:۲۰۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب مايكتسب به، الحديث ۱۰:۲۰۵.

....

الشَرح:

غيره من ماله، كما يصدق فى صورتى الجحود والامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه لنسيانه أو اعتقاده الاداء ونحو ذلك لايمنع عن صدق الحق.

لايقال: لو فرض الاطلاق فيما دلّ على جواز التقاص يرفع اليد عنه بالأخبارالوارده بالمراجعه إلى من نصبه عليه السلام قاضياً ولو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود والامتناع عن ظلم عن مدلول تلك الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضاياهم عليهم السلام وخروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الوارده فى التقاص، ويجتمعان فى صوره الامتناع عن الاداء بحق فى الماليات يرجع بعد سقوط الاطلاق من الجانبين إلى ما دلّ عدم جواز التصرّف فى مال الغير وتملّكه بلارضا مالكه، خصوصاً إذا كان للدائن بيّنه بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشه فيما ذكر بأنّ الأخبار الوارده فى الأمر بالمراجعه إلى من يعلم قضاياهم عليهم السلام فى مقام بيان طريق الوصول إلى الحق وفصل الخصومه فى مقابل النهى عن المراجعه والمرافعه إلى قضاه الجور، وأنّه لاـ يجوز الوصول إلى الحق وفصل الخصومه بالمراجعه إليهم.

أمّـا إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعه إلى أُولئك القضاه فلاـ تكون هذه الأخبار ناظره إلى هذه الصوره، خصوصاً فيما إذا كان صاحب الحق عالماً بأنّه لا يصل إلى حقه بالمراجعه إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، والإطلاق فى أخبار جواز التقاص تعيّن طريق الوصول إلى حقّه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلك صدق الجحود فى بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسى الاستدانه أو اعتقد الاداء كما لا يخفى.

ولـو كـان المـدين جاحـداً وللغريـم بينـه تثبت عنـدالحاكم، والوصـول إليه ممكن، ففى جـواز الأخـذ تردد، اشـبهه الجـواز، وهو الذيـذكره الشـيخ فى الخلاف والمبسـوط، وعليـه دلّ عمـوم الإذن فى الاقتصـاص، ولـو لم يكن له بينه، أو تعـذر الوصـول إلى الحـاكم، ووجـد الغريم من جنس ماله اقتص مسـتقلاً بالاستيفاء[١] نعم لو كـان المـال وديعه عنـده، ففى جواز الاقتصاص تردد، اشبهه الكراهه، ولو كان المال من غير الجنس الموجود، جاز أخذه بالقيمه العدل، ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاطه كمايسقط اعتبار رضاه فى الجنس.

الشَرح:

[١] يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه ولا خلاف فى ذلك، إلّا إذاكان ما وقع بيـده من مـال المـدين وديعه، فـإنّه قـد ذكر بعضـهم أنّه لاـ يقتص من مال الوديعه، واعتمـدوا فى ذلك على بعض الروايات المـانعه عن الاقتصـاص من الوديعه كصـحيحه معاويه بن عمّار عن أبى عبـدالله عليه السـلام «قال: قلت له: الرّجل يكون لى عليه حق فيجحـدنيه ثم يستودعنى مالاً ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا ، هذه الخيانه»(١) ونحوها غيرها. ولكن لابـدّ من حملها على الكراهه بقرينه صـحيحه أبى البقبـاق المتقـدمه المجوزه للاقتصـاص من الوديعه. وأمّـا إذا كـان المـال الواقع بيـده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضاً استقلالاً، كما هو ظاهر المصنّف أيضاً.

ولكـن ربّمـا يقـال إنّـه لابـدّ فى جـواز الاقتصـاص مـن غير الجنس مـن الاستئـذان من الحـاكم الشرعى، حيث إنّه ولىّ الجـاحد والممتنع، ولكن لاـ يخفى ضـعفه لأـنّ مع اذن الشـارع فى الاقتصـاص ولو من غير الجنس، كما هو ظاهر صـحيحه داود بن رزين الوارده فى الاقتصاص ممّا أخذوا منه من الجاريه والدابه الفارهه والإطلاق فى معتبره أبى بكر الحضـرمى لا حاجه إلى الاستئذان من المالك أو الولى، وعلى ذلك لو كان

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب مايكتسب به، الحديث ١١:٢٠٥.

ویجوز أن یتولی بیعها[۱] وقبض دینه من ثمنها، دفعاً لمشقه التربص بها ولو تلف قبل البیع قال الشیخ الا لیق بمذهبنا أنّه لا یضمنها والوجه الضمان، لأنّه قبض لم یأذن فیه المالک[۲] ویتقاصان بقیمتها مع التلف.

الشَرح:

المأخوذ أزید فی مالیته ممّا ذهب منه فاللازم إیصال الباقی الزائد من حقه إلی مالکه بأیّ وسیله، ففی صحیحه داود بن رزین «خذ مثل ذلک ولا تزد علیه»(۱)، وفی روایه علی بن سلیمان «ویسلم الباقی إلیه إن شاء اللّه».(۲)

[۱] جواز بیع المال والتقاص من ثمنه مقتضی الاطلاق فی بعض الروایات کالتی ورد فی صحیحه داود بن رزین «ثم یقع لهم عندی المال فلی أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولا تزد علیه»، فإنّ مقتضی تجویز أخذ المثل فیما کان المال الواقع بیده متاعاً بیعه، والأخذ من ثمنه بمقدار قیمه ما أخذ منه کالدابه أو الجاریه.

[۲] إذا قبض المال من غریمه عاریه أو ودیعه و نحوهما ممّا لاضمان فیها، ثم بدا له فی التقاص فالأظهر عدم الضمان، أخذاً بما دل علی عدم الضمان فیها، والمفروض أنّ ما بداله من المقاصه لیست خیانه حیث إنّ الشارع قد أذن فیها. نعم إذا أخذه من الأوّل بقصد المقاصه من المأخوذ فیمکن أن یناقش فی تحقق تلک لعناوین، بل المأخوذ یکون أشبه بالقبوض بالسوم، فإنّ رضا الشارع بالأخذ کرضا المالک بالأخذ فی المأخوذ بالسوم فی أنّه لا یمنع عن الضمان.

بقی فی المقام أمر وهو أنّ جواز التقاص لا یختص بالتقاص مباشره، فیجوز أن یوکّل غیره فیه، لأنّ فعل الوکیل یستند إلی الموکّل، فیکون أخذه أخذاً منه، ولکن الوکیل لابدّ من احراز أنّ لموکّله حقاً لیجوز له التقاص وأصاله الصحّه فی التوکیل تجری بعد احراز ولایه الموکّل علی التقاص، ولاتثبت بها ولایه الموکّل، ویجوز التقاص

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب مایکتسب به، الحدیث ۱و۹:۲۰۲.

مسألتان :

الاولى: من ادّعى ما لايدَ لاحد عليه قضى له [١] ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه، فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون لا، ويقول واحد منهم هو لى فإنّه يقضى به لمن ادّعاه.

الشَرح:

للولى أيضاً، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحده أو امتنع عن الاداء والرد، جاز التقاص لوليهما، حيث إنّ كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالك لصغره وجنونه يقوم به وليه، ولا تبعد دعوى أنّ ما فى صحيحه داود بن رزين من قوله «أنى أُخالط السلطان فتكون عندى الجاريه فيأخذونها»(١)، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنّه يجوز للحاكم الشرعى المقاصه من مال الممتنع عن اداء الحقوق الواجبه عليه واللّه سبحانه هو العالم.

[١] ذكروا ذلك، ويستدل عليه مضافاً إلى أنّ سماع دعوى بلا معارض بسيره العقلاء، وبصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام «قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، وقال واحد منهم: هولى، فلمن هو؟ قال: للذى ادّعاه».(٢)

وربّمايناقش فيها بأنّ الكيس المزبور فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنّه ليس لهم من دعوى ذى اليد، والمفروض فى المسأله ما إذا لم يكن بالمال يد، ويناقش أيضاً بأنّ ظاهرها دعوى الملكيه بعد الانكار، حيث إنّ ظاهر فقالوا كلّهم لا وقال: واحد منهم هو لى أنّ دعواه كانت بعد النفى، ولكن لا يخفى أنّ مجرّد الجلوس فى مكان يقع مال فى وسطهم مع كونه اتفاقاً كما يتفق مثله

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب مايكتسب به، الحديث ١:٢٠٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب مايكتسب به، الحديث ١:٢٠٠.

الثانیه: لو انکسرت سفینه فی البحر، فما اخرجه البحر، فهو لاهله، وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه[۱] وبه روایه فی سندها ضعف.

الشَرح:

کثیراً لا ـ یتحقق الید والاستیلاء بالمال، فالحکم بکونه لمدعیه فی الفرض ظاهره سماع دعوی الملکیه مع عدم المعارض لها، ویترتب علی ذلک أنّه لو ادعاه بعد ذلک شخص آخر یحسب ذلک الشخص مدعیاً، ومن أخذه بدعواه سابقاً یکون منکراً.

وذکر فی دفع المناقشه الثانیه:أنّ الدعوی وإن کانت بعد الانکار إلاّ أنّه تجری أصاله الصحّه فی کل من النفی السابق والدعوی اللاحقه بکون النفی قبل التذکر والدعوی بعده نظیر ما إذا أنکر الرجل زوجیه امرأه ثمّ أقرّ بها، فإنّ الحاکم لا یمنع الرجل عن التمکین بالمرأه أخذاً بانکاره الزوجیه أوّلاً.

أقول: دعوی أنّ ظاهر الصحیحه دعوی الملکیه بعد الانکار لا یمکن المساعده علیها، بل ظاهرأنّ قوله واحد استثناء عمّا ذکر قبل ذلک من قول کلّهم: لا، وهذا النحو من الاستثناء تعبیر متعارف فی الاستعمالات العرفیه.

وأمّا مسأله تمکین الرجل من المرأه المدعیه للزوجیه باقراره بها ولو بعد انکاره فهو لثبوت الزوجیه التی ادعتها المرأه، فیترتّب علیها آثارها، ومنها جواز تمکین نفسه منها فیلغی انکاره السابق نظیر ما إذا ادعی علیه آخر بأنّه قد باع داره منه بکذا فأنکر بیع الدار ثمّ أقرّ به، فإنّه لا معنی لأن یقال یجب علیه بعد اقراره بالبیع تسلیم داره من مدعی الشراء ولکن لا یجوز له الزام المشتری بتسلیم الثمن، لأنّ انکاره السابق اقرار بعدم استحقاقه الثمن.

[۱] لو انکسرت سفینه فی البحر وغرقت مع متاعها أو سقط متاعها فی البحر فما أخرجه البحر من متاعها فهو لمالکه وما یخرج بالغوص فهو لمن أخرجه، وظاهر الماتن الافتاء به کجمله من الأصحاب مع ضعف الروایه الداله علیه عنده.

....

الشَرح:

ولكن فى المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن أحمد ابن يحيى عن أبى عبداللّه عن منصور بن عباس عن الحسن بن على بن يقطين عن أميّه بن عمر عن الشعيرى «قال: سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر فأُخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه أخرجه، وأمّا ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به».(۱)

وهذه الروايه ضعيفاً سنداً، لأنّ أباعبداللّه الراوى عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازى الجامورانى، وقد ضعّفه القميون باستثنائه من رجال نوادر الحكمه، ومنصور بن عباس أيضاً ضعيف، كماهو ظاهر النجاشى، وأميه بن عمرو واقفى لم تثبت وثاقته.

وقد نوقش فى دلالتها أيضاً لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينه، فيكون مدلولها أنّ ماأخرجه البحر أو الغوص فهو لأصحاب السفينه، والتفصيل بالاضافه إلى سبب الخروج فقط و أنّه قد يكون البحر وقد يكون الغوص، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ التفصيل فى سبب الخروج من غير دخله فى الحكم كالتفصيل فى زمان الخروج بين كونه ليلًا أو نهاراً.

وممّا ذكر يظهر الحال فى روايه أُخرى، وهى ما رواه الكلينى عن علىّ بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث عن أميرالمؤمنين عليه السلام «قال: وإذا غرقت السفينه وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»(۲)، وسندها لا بأس به،

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطه، الحديث ۲: ۳۶۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطه، الحديث ۲: ۳۶۲.

....

الشَرح:

ولا يبعد اتحاد الروايتين والاختلاف فى سند الشيخ قدس سره والكلينى إلى إسماعيل بن أبى زياد السكونيالشعيرى.

نعم ربّما يستظهر من قوله عليه السلام : «وتركه صاحبه» أنّ الوجه فى تملك ما يخرج بالغوص اعراض مالكه، فيكون نظير مفاد صحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: من أصاب مالاً أو بعيراً فى فلاه من الأرض قد كلت وقامت وسيّبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهى له ولا سبيل له عليها وإنّما هى مثل الشىء المباح».(۱)

۱- (۱) المصدرنفسه: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب اللقطه، الحديث ۲:۳۶۴.

المقصد الأول

في الاختلاف فی دعوی الاملاک

وفيه مسائل:

الاولی: لو تنازعا عيناً فی يدهما، ولا بينه قُضی بها بينهما نصفين[١] وقيل يحلف كل منهما لصاحبه.

الشَرح:

[١] لو كانت عين بيد اثنين وادعی كل منهما بلا بيّنه أنّ تمامها له فيحكم بأنّ لكل منهما نصفه. وهل يحتاج الحكم بذلک إلی حلف كل منهما علی نفی دعوی الآخر أو لايحتاج؟ ظاهر الماتن قدس سره عدم الحاجه، كما هو المحكی عن الخلاف والغنيه والكافی، بل فی الأوّل دعوی الاجماع عليه، والمنسوب إلی المشهور توقف الحكم علی حلف كل منهما، ولو حلف أحدهما دون الآخر يقضی للحالف بكلّ العين.

واستظهر عدم الحاجه من المرسل المرويعن النبی صلی الله عليه و آله : «أنّ رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبی صلی الله عليه و آله بينهما».(١)

ووجه الاستظهار لم يقيّد الحكم فی مقام الحكايه الجعل بعد حلفهما، ولو قيل بعدم احراز أنّ الحكايه فی مقام بيان نحو القضاء ليؤخذ باطلاقها فلا أقل من اشعارها بعدم الحاجه.

وفيه: أنّ دعوی الاجماع فی المقام غير تامه، فضلاً عن كونه تعبّدياً، والمرسل

١- (١) سنن البيهقی١٠:٢٥٥.

تنازع الاثنین فی عین

....

الشَرح:

لضعف سنده وعدم الجابر له غیر قابل للاعتماد علیه، ومقتضی قولهم علیهم السلام : «البیّنه للمدعی والیمین علی المدعی علیه»(۱)، اعتبار حلف کل منهما علی نفی دعوی الآخر، فإنّ کلّاً منهما بالاضافه إلی العین ذو الید علی حد سواء فالید من کل منهما علی نصفها المشاع، فیحسب بالاضافه إلی نصفها منکراً وبالاضافه إلی نصفها الآخر مدعیاً، ومع عدم البینه کما هو الفرض تصل النوبه إلی حلف المنکر، لیتم ملاک القضاء، ولأنّه قد ورد اعتبار الحلف فی فرض اقامه کل منهما البینه علی دعواه فالفرض أولی منه فی الحاجه إلی الحلف.

ویتفرع علی ذلک أنّه إذا حلف أحدهما وامتنع الآخر عن الحلف أن یقضی بتمام العین للحالف، وهل الحکم بأنّها للحالف یحتاج إلی حلفه الآخر علی أنّ تمام العین له، حیث إنّ حلفه الأوّل یسقط دعوی الآخر بالاضافه إلی ما بیده، واثبات دعواه بأنّ تمام العین له یحتاج إلی الیمین المردوده من خصمه أو من الحاکم أو یفصل بین نکول الثانی فیحتاج الأوّل إلی الحلف ثانیاً علی أنّ العین له، وبین نکول الأوّل فإنّ الحلف من الثانی بأنّ تمام العین له یکون معنوناً بالحلف علی نفی دعوی الغیر والیمین المردوده ولو من الحاکم علی دعواه فالأظهر التفصیل ولذا یقرع بینهما فی الاستحلاف لو تشاحا فیمن یبدء الحلف.

ولو امتنعا عن الیمین یحکم أیضاً بأنّ العین لهما بالمناصفه، وربّما یصیر ذلک منشأ الوهم فی کون الحکم بأنّ العین لهما بالمناصفه لایحتاج إلی الحلف من کل منهما، فإنّه مقتضی یدهما علی العین حتی مع نکولهما، ویدفع الوهم بأنّ الحکم بکونها بینهما بمقتضی یدهما لیس قضاءً، بخلاف صوره حلفهما أو نکولهما فإنّه قضاء

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۵: ۱۷۱.

....

الشَرح:

فلايفيد أحدهما الظفر بالبينه بدعواه بعد ذلك.

وذكر فى الجواهر فى عدم الحاجه إلى الحلف وجهاً آخر، وهو أنّ المقام لا يدخل فى كبرى البينه على المدعى واليمين على المنكر، وذلك فإنّ يد كلّ منهما على تمام العين لعدم تصور يد كل منهما على نصفها مشاعاً إلّابكون يدهما بتمامها، ومع يد كل منهما على تمام العين لا ـ يكون منهما المدعى والمدعى عليه لتساوى كل منهما مع الآخر، وكما أنّ دعوى واحد بملكيه العين يوجب الحكم بكونها له كذلك فيما كانت اليد ملغاه كما فى المقام.

وحيث لا ـ يمكن العمل فى جميع المال بدعوى كل منهما يعمل بها فى نصف المال بلا حاجه إلى اليمين، لأنّه ليس فى البين المدعى عليه ليتوجه إليه اليمين. نعم كون يد كل منهما على العين يوجب كون كل واحد منهما المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى شخص ثالث لايد له بالعين.

وبالجمله: معلوميه التباين بين المدعى والمدعى عليه مع كون يد كل منهما فى الفرض على تمام العين توجب أن لايكون المقام من صغريات الكبرى الوارده فى الروايات (البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر)، كما لا يكون من موارد التحالف، حيث إنّ مورد التحالف ما إذا كان أحدهما مدعياً بالاضافه إلى شىء والمدعى عليه بالاضافه إلى شىء آخر والآخر بالعكس، وفى المقام المدعى به أمر واحد وهو ملكيته تمام العين التى بيد كل منهما.

أقول: لا ـ يخفى ما فيه، فإنّ يدكل منهما على تمام العين وان كان أمراً صحيحاً إلّا أنّ اليد من كل منهما على تمامها ليست استقلاليه، بل ضمنيه فى ضمن يدهما فتحسب فى هذه الموارد اليد الاستقلاليه مع عدم تعيين السهم بحسب عدد الأيدى، فلو كانوا ثلاثاً

ولو كانت يد احدهما عليها قضى بها للمتشبث، مع يمينه ان التمسها الخصم[١] الشَرح:

فتكون اليد الاستقلاليه لكل منهم بثلث المال، وهكذا فيكون كل من المتعدد بالاضافه إلى ما يحسب عليه بيده استقلالاً المدعى عليه، وبالاضافه إلى ما للأخر مدعياً كما تقدم.

ويلزم على مـا ذكره قـدس سـره أن يحكم بتمام العين لأحـدهما فيما إذا كانت دعواه ملكيه تمام العين وقال الآخر لا أدرى واقع الحال ونصف العين لى ظاهراً بحسب يـدى على العين مثل يـدک عليها كما إذا كانت العين بيد شخصـين فماتا معاً ولكل منهما وارث وضـعا يـدهما عليه وادعى احدهما على الآخر أنّ تمام العين كانت لمورّثه والوجه فى اللزوم عدم المعارض لدعواه والغاء يد كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر.

وذكر قدس سره أنّه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: إنّ الحلف ليس لكون منهما منكراً يتوجّه إليه اليمين بالاضـافه إلى دعوى الآخربـل لتقـديم أحـد السـببين للملک على السـبب الآخر كما فى تقـديم احـدى البيّنتين على الأُخرى، فلو حلـف أحـدهما دون الآـخر يحكم بتمـام العين له لتقـديم احـدهما بخلاـف حلفهمـا أو تركهمـا الحلف وليس الحلف من يمين الانكار ليترتب عليها ردّها إلى المدعى مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أنّ تمام العين له ونكل الآخر يحكم بأنّ تمامها للحالف بلاحاجه إلى ردّ اليمين عليه ثانياً.

أقول: لا وجه لهـذا الاحتمال، لأنّ الترجيـح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه وليس فى البين ما يدلّ على كون الحلف مرجحاً لاحدى الدعويين أو لأحدى اليدين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

[١] والوجه فى ذلک أنّ من بيـده المال بمقتضـى موافقه قوله اليـد يحسب منكراً والآخر مـدعياً، فيحلف المتشـبث مع اسـتحلافه وتسـقط به دعوى الآـخر، وإذا نكـل وقلنـا بالحكم بمجرد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المـدعى وحلف ثبتت دعواه، وإلّا سقطت على ما تقدم.

ولو كانت يدهما خارجه[١] فان صدّق من هى فى يده احدهما أُحِلفَ وقُضيِ له.

الشَرح:

[١] ولو كانت العين بيد ثالث، وكانت يد كل منهما خارجه عن العين بالمره فإن اعترف من بيده المال لاحدهما المعين بانّ العين له صار المقرّ له منكراً والآخر مدعياً، وإذا حلف المقرّ له على نفى كونها للمدعى سقطت دعواه ويحكم بأنّ العين له دون الآخر قضاءً.

وقد يناقش فى توجه اليمين إلى المقرّ له بأنّه ليس هو المدعى عليه فى دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقر له ابتداءً متوجهه إلى من كانت العين بيده فاللازم أن يتوجه اليمين إليه غايه الأمر للمدعى الآخر أن يتوجّه دعوى جديده على المقرّ له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما فى استيناف الدعوى على من أخذ العين ممّن كانت بيده باليمين المردوده مثلًا أو بشاهد ويمين.

وبالجمله: أنّ للمدعى الآخر احلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أنّ له احلاف المقرّ له بتجديد الدعوى عليه وأُجيب عن المناقشه بأنّ الدعوى تتبع العين فالدعوى وان كانت متوجهه فى الابتداء إلى من كانت العين بيده إلاّـ أنّ بعد صيرورتها للمقرّ له تنصرف إليه، فلاتكون للمدعى الآخر دعوى بالاضافه إلى المعترف الذى كانت بيده.

وأورد فى الجواهر على الجواب بأنّ الكلام فى المقام فى المدعى عليه وأنّه من كانت العين بيده أوّلًا او المقرّ له وليس الكلام فى المدعى به، يعنى دعوى العين ليقال أنّها كانت بيد المقر وصارت بيد المقر بعد الانتزاع، وعلى ذلك فقبل تصديق من كانت العين بيده قبل اعترافه للمقر له فله اليمين على المعترف، لاـ لأخذ العين التى صارت لغيره باعترافه، بل لفائده الغرم مع نكوله لاتلافه العين عليه بإعترافه.

أقول: كانت الدعوى الأُولى على من كانت العين بيده دعوى العين، وقد

....

الشَرح:

انصرفت تلك الدعوى إلى المقر له باعتراف ذى اليد ودعوى الاتلاف بالاقرار لغايه الغرم دعوى أُخرى يأتى الكلام فيها وليست عين الدعوى السابقه.

ثمّ قال قدس سره : بناءً على انصراف الدعوى إلى المقرّ به يكون للمدعى الآخر احلاف كل من المقرّ له ومن كانت العين بيده، ولكن احلاف المقرّ له لسقوط دعوى العين عليه واحلاف من كانت العين بيده لدعوى الغرم لا لسقوط دعوى العين عليه لانصرافها على الفرض إلى المقرّ له، ويتفرّع على ذلك أنّه لو حلف المقرّله يحكم بأنّ العين له من غير حاجه فى هذا الحكم إلى حلف من كانت بيده وإنّمايكون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، ولكن فى القواعد أنّه لو كانت العين بيد ثالث حكم بها لمن يصدّقه بعداليمين منهما وظاهره توقف الحكم بأنّ العين للمقرّ له و سقوط دعوى الآخر على كلا الحلفين، ولكن يحتمل أن تكون كلمه منهما فى عباره القواعد متعلّقه بقوله يصدّقه يعنى لو كانت العين بيد ثالث حكم لمن يصدقه الثالث من المدعيين بعد اليمين، أى يمين المقرّ له فيكون مطابقاً لعباره المصنف، ولكن فى كشف اللثام أنّ من كانت بيده المال يحلف على المدعى الآخر، فيما إذا ادعى عليه المدعى الآخر أنّك كنت عالماً بالحال عند اقرارك وكنت تعلم بأنّ العين لى لا للمقر له.

أقول: المدعى عليه من يكون قوله موافقاً للحجه المعتبره على ما تقدم والمدعى من يكون قوله على خلاف تلك الحجه ومن الظاهر أنّه بعد اقرار ذى اليد لاحدهما المعين يكون قوله هذا العين لى مطابقاً للحجه المعتبره يعنى الاقرار المعتبره، فيكون قول الآخر مخالفاً له فيكون فى دعوى العين المقر له منكراً والآخر مدعياً، ويخرج ذو اليد السابق عن أطراف هذه الدعوى، وإنّما يكون ذواليد المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى الاتلاف عليه باقراره العين للمقر له وهذه الدعوى لا مورد لها إلاّ بعد سماع

وإن قال هى لهما قضى بها بينهما نصفين، واحلف كل منهما لصاحبه[۱] ولو الشَرح:

الاقرار وسقوط دعوى ملك العين على المقرّ له فتكون دعوى أُخرى غير الدعوى السابق قبل الاقرار.

وهل لهذه الدعوى يعنى دعوى الاتلاف على المقرّ مجال مع ثبوت أنّ العين كانت للمقر له ولم تكن للمدعى الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفى دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت انّ العين لم تكن له لأن تتلف عليه.

نعم للمدعى الآخر دعوى الخيانه على المقر فى اقراره نظير دعوى الخيانه على المقر وليست الخيانه إلّا دعوى العلم على المقر وأنّه كان يعلم بأنّ المال ليس للمقر له وأنّها كانت له وهذا ما ذكره كاشف اللثام، ويظهر من كلمات الأصحاب أيضاً واللّه العالم.

[۱] ولو قال من بيده العين أنّها لهما قضى أنّ العين بينهما بالمناصفه بعد حلف كل منهما لصاحبه بأنّ العين ليست له فإنّ الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما وادعى كل منهما ملكيه تمام العين، والعجب من الماتن قدس سره أنّه حكم بكون العين لهما بالمناصفه من غير حاجه إلى الحلف منهما، وظاهره فى المقام الحاجه إلى الحلف منهما.

وقد ظهر ممّا ذكرنا سابقاً أنّ الحكم بكون العين بينهما بالمناصفه بلا يمين ليس حكماً قضائياً بالاضافه إلى دعوى كل منهما بأنّ تمام العين له الحكم القضائى يتوقف على حلفهما، وعليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأنّ العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الاثبات فيما كان الناكل هو الثانى بعد حلف الأوّل على النفى، ولا يبعد عدم الحاجه إلى التكرار لوكان الناكل هو الأوّل، حيث إنّ حلف الثانى بأنّ تمام العين له حلف على نفى دعوى الأوّل فى نصفه وحلف على ثبوت دعواه بالاضافه إلى دعواه فى نصفهما الآخر.

ص :۳۴۵

....

الشَرح:

وفی کشف اللثام أنّه بعد الحکم بأنّ تمام العین لأحدهما لحلفه ونکول الآخر فإن ادعی الحالف علی الثالث الذی کانت العین بیده علمه عنده اقراره بأنّ تمام العین له و نکل الثالث عن الحلف علی نفی علمه غرم للحالف نصف العین فیکون للحالف تمام العین. ویدل نصفها.

وأورد علی ذلک فی الجواهر بأنّه بعد انتزاع الحالف تمام العین لا ـ موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنّه لا یستحق أزید من تمام العین، اللّهم إلاّ أن یقال انتزاع نصف العین من الناکل بالیمین المردوده کانتزاعه من یده بالمعاوضه، وکما انّ الانتزاع بالمعاوضه لا ـ یمنع عن دعوی العلم علی الثالث کذلک انتزاعها بالیمین المردوده ولکن هذا التنظیر ضعیف، لأنّ الانتزاع من المدعی لها بالیمین المردوده غیر الانتزاع منه بالمعاوضه فی أنّ الثانی لاینافی دعوی الغرامه علی الثالث.

ومن ذلک أنّه لو ادعی أحدهما علی من بیده العین بأنّ تمامها له، ولکن اعترف ذوالید بأنّها له ولزید وادعی المدعی علی من کانت بیده العین علمه بأنّ تمام العین له ونکل ذوالید عن الحلف علی نفی علمه وحلف المدعی فإنّه یأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذی اعترف به لزید قبل ذلک، وإذا ادعی بعد ذلک علی زید بأنّ تمام العین له فنکل زید وحلف المدعی فإنّه ینتزع العین فتکون تمامها له، فیلزم علی ما ذکر ارجاع الغرم إلی الثالث لوصول حقه إلیه بتمامه لأنّ حقه لیس بأزید من العین بتمامها.

أقول: الأظهر أنّه إذا ادعی علی الثالث علمه بکون تمام العین له ومع ذلک أقرّ بأنّها له ولزید وفرض أنّ الثالث نکل عن الحلف علی نفی علمه وحلف هو علی علمه وأخذ منه بدل نصفها تقع المبادله القهریه بین البدل المزبور ونصف العین فلا تسمع دعواه بعد ذلک علی زید بأنّ تمام العین له، کما أنّه إذا ادعی علی زید بتمام العین وأخذ

دفعهما اقرت فی یده[۱].

الشَرح:

منها تمامها ولو باليمين المردوده لاتسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصول تمام حقه إليه على ما تقدم.

[۱] دفع الثالث المتداعيين تاره بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفى ملكيه نفسه فلاينبغى التأمّل فى الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما وأقرت العين بيده.

ولو نكل عن الحلف لهما ففى الجواهر يكون الفرض كما لايد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفه، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنّه لو حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ مع نكول المدعيين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكيه العين ويحكم بأنّ العين للثالث الذى بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتصنيف فيما إذا حلفا أيضاً مشكل فإنّ كلًا منهما قد أثبت باليمين المردوده بعد نكول الثالث أنّه مالك لتمام العين، فيحكم بالعين للحالف أولاً وببدله للحالف ثانياً، نظير ما أقرّ بتمامها للأوّل ثمّ أقرّ بها للثانى، وقد تقدم أنّه مع تشاحهما فى الحلف أوّلاً يقرع بينهما وإن قال من بيده العين أنّها ليست لى أو لا أعرف مالكها او أنّها لأحد كما فلا ينبغى التأمّل فى عدم كون الثالث منكراً ليتوجه إليه اليمين، كما أنّه لايكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكيه مال لايد عليه ولا معارض لها لمعارضه دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعده العدل والانصاف فيحكم بتنصيفها أو إلى القرعه أو يفصّل فيرجع إلى القاعده فيما إذا قال ليس لى أو لا أعرف مالكها ويرجع إلى القرعه فيما لو أجاب بأنّها لأحدكما؟ لايبعد الرجوع إلى القرعه فى الأخير لإخراج الحق المجهول منهما وفى الأولين إلى قاعده العدل لكون دعوى كل منهما مملكه للمال لولا

الثـانيه: يتحقق التعارض فى الشـهاده، مع تحقق التضاد[١] مثل أن يشـهد شاهـدان بحق لزيد ويشـهد آخران أنّ ذلك الحق بعينه لعمرو او يشـهدان بأنّه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت، ومهما امكن التوفيق بين الشهادتين، وفّق فإن تحقّق التعارض، فإمّا أن يكون العين فى يدهما أو يد أحدهما او فى يد ثالث.

الشَرح:

المعارضه، بل ربّما يقال بالتنصـيف حتى فى فرض الإقرارلاحدهما من غير تعيين، ويسـتظهر ذلك من معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام «فى رجل أقرّ عنه موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات فى تلك الحال فقال على عليه السلام أيّهما أقام البينه فله المال وإن لم يقم واحد منهما البينه فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها ومورد الكلام فى المقام فى الحكم.

[١] لا ينبغى التأمّل فيأنّ التعارض بين البينتين يكون بالتنافى والتضاد بين مـدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مدلول كل منهما ملازماً لانتفـاء مـدلول الأ ـخر، والملا ـك فى المـدلول ظهور كـل منهمـا، وما يقال مع التوفيق بينهما ويؤخـذ بهما غير صـحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفى بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينه عرفيه فإنّ الإعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلك ففيما شهدت بينه بأنّ العين الخارجيه لفلان وشهدت الأُخرى أنّها لشخص آخر ففى ذلك صور:

الأولى: أن تكون العين المزبوره بيدهما، الثانيه: أن تكون بيد أحدهما، الثالثه: أن تكون بيد ثالث، والرابعه: أن لا تكون يد عليها أصلًا.

أمّا الصوره الأولى: فقـد ذكر الماتن قدس سره فيها أنّه يقضـى بها لهما بالمناصـفه، وعلّل ذلك بأنّ لكل منهما يد بالاضافه إلى نصف العين على ماتقدم فتعتبر بيّنه كل منهما

....

الشَرح:

بالاضافه إلى نصف الآخر، فيكون كل منهما مالكاً لما بيد الآخر بقيام البينه ونتيجه ذلك هو الحكم بالمناصفه قضاءً بالبينه.

أقول: ينبغى الكلام فى هذه الصوره فى جهتين:

الأولى: أنّ مقتضى القواعد الأوّليه فى القضاء ما ذكره الماتن قدس سره أم لا.

الثانيه: هل فى المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلك القواعد أم لا؟

أمّـا الجهه الأُولى: فالظاهر عـدم اعتبار شـىء من البيّنتين، فإنّه قـد تقـدم أنّ مع كون العين بيـدهما يكون كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر منكراً فى نصف العين ومدعيّا بالاضافه إلى نصـفها الآخر، ومن الظاهر أنّ بيّنه المدعى تكون معتبره، ولاتصل النوبه معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاه بالمعارض، فإنّ قوله صـلوات اللّه عليه و آله «البيّنه على المدعى واليمين على المنكر» و «أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان»، ظاهره البينه التى تكون بينه مع قطع النظر عن القضاء، ولما ذكرنا لا يمكن المساعـده على ما ذكر فى المتن من أنّه أقام كل واحد على مابيد الآخر بيّنه فيقضى لكل بما بيد الآخر.

وبتعبير آخر: بينه المنكر وإن لم تكن مـدركاً للقضـاء إلاّ أنّها تمنع عن اعتبار بينه المـدعى مع المعارضه، فيكون الفرض كما إذا لم يكن فى البين بينه فيحكم بتنصـيف العين بينهما بمقتضـى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، ولكن هذا الحكم ليس بنحو القضـاء وفصل الخصومه، بل فصـلها يتوقف على الحلف فإن حلفا فهى لهما بالمناصـفه وإن حلف أحـدهما ونكل الآخر فيحكم بأنّ العين للحالف.

ودعوى أنّ بينه كل منهما معتبره بالاضافه إلى ما بيـده من النصف، لأنّ اليـد عليه مرجحه لها فلا يمكن المساعـده عليها لاحتياج ترجيح كل منهما بالاضافه إلى ما بيده من النصف على البيّنه الأُخرى ولو فى بعض مدلولها إلى قيام الدليل، والأصل فى تعارض الأمارات هو سقوطها.

....

الشَرح:

وأمّا الجهه الثانيه ففى معتبره اسحاق بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّ رجلين اختصما إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فى دابه فى أيديهما وأقام كل واحد منهما البيّنه أنّها نتجت عنده فأحلفهما على عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما وأقاما البينه؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين الحديث»(۱)، والروايه كما أشرنا معتبره، فإنّ غياث بن كلوب وان كان من العامه إلّا أنّه يظهر من الشيخ قدس سره فى العده توثيقه، والحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشى فى مدحه، ومضمونها مطابق لما تقدم من أنّ حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعده ولو كان فى الروايات الآتيه مايخالف المعتبره بالإطلاق فيرفع اليد عن اطلاقها بماورد فى صدر المعتبره، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجه إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لايقال: ماتقدم من عدم الاعتبار ببيّنه المدعى مع تعارضها ببينه المنكر ينافيه روايه منصور «قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل فى يده شاه فجاء رجل فادّعاها فأقام البينه العدول أنّها ولدت عنده لم يهب ولم يبع وجاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنّها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع؟ فقال أبوعبداللّه عليه السلام :حقّها للمدعى ولا أقبل من الذى فى يده بيّنه لأن اللّه عزّوجل امر أن يطلب البيّنه من المدعى فإن كانت له بينه وإلّا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر اللّه عزّوجلّ».(۲)

أقول: الروايه ضعيفه سنداً، فإنّ محمد بن حفص الراويعن منصور بن حازم

ص: ۳۵۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۲ و۱۴: ۱۸۲.

ففی الاوّل یقضی بها بینهما نصفین، لانّ ید کل واحد علی النصف، وقد أقام الآخر بیّنه، فیقضی له بما فی ید غریمه.

وفی الثانی یقضی بها للخارج دون المتشبث[۱] إن شهدتا لهما بالملک المطلق وفیه قول آخر ذکر فی الخلاف بعید ولو شهدتا بالسبب قیل یقضی لصاحب الید لقضاء علی علیه السلام فی الدابه وقیل یقضی للخارج لأنّه لا بینه علی ذی الید کما لایمین علی المدعی عملاً بقوله صلی الله علیه و آله «والیمین علی من انکر» والتفصیل قاطع للشرکه وهو اولی.

الشَرح:

مجهول، ولا یمکن أن یکون وکیل الناحیه، کما قیل، مع أنّها معارضه بما فی ذیل معتبره اسحاق من قوله «قیل فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً البینه؟ قال: أقضی بها للحالف الذی هی فی یده» وعلی ذلک فیؤخذ بمقتضی ذیل المعتبره، بل علی تقدیر المعارضه یؤخذ بالقاعده التی أشرنا إلیها.

[۱] ذکر قدس سره أنه لو کانت العین فی ید أحدهما، وأقام کل منهما البیّنه بالملک المطلق له بأن شهدت کل من البیّنتین بأنّ العین ملک من غیر ذکر سببه یقضی بأنّ العین ملک لمن لم تکن العین فی یده، وکذلک فیما إذا شهدت کل من البیّنتین بالسبب.

واستدل علی ذلک أنّ من فی یده العین منکر لموافقه قوله الید علی العین بخلاف الآخر فإنّه یحسب مدّعیاً، لأنّه یدعی خلاف ید غریمه، ومقتضی قوله صلی الله علیه و آله : «البیّنه للمدعی والیمین علی من أنکر» أنّه لا اعتبار فی مفروض الکلام لبیّنه المنکر، کما أنّه لا تصل النوبه إلی حلفه لأنّ المدعی قد أقام البیّنه بما ادّعاه، ومقتضی التفصیل بین المدعی والمنکر بطلب البیّنه من الأوّل والحلف من الثانی أنّه لا اعتبار ببینه المنکر و لابحلف المدعی. و ربّما یحکی عن الشیخ قدس سره بتقدیم بیّنه الداخل لکون بینته أقوی لتعاضدها بالید، ولمعتبره غیاث بن إبراهیم فی فرض ذکر السبب فإنّه روی غیاث بن إبراهیم عن أبی عبدالله علیه السلام «أنّ أمیرالمؤمنین علیه السلام اختصم إلیه رجلان فی دابه

....

الشَرح:

وكلاهما أقاما البينه أنّه انتجها، فقضى بها للذى فى يده وقال: لولم تكن فى يده جعلتها نصفين بينهما».(۱)

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم صحه استدلال الماتن قدس سره وأنّه لا اعتبار فى الفرض لبيّنه المدعى، حيث إنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تكون بينه يقضى بها، والتفصيل بين المدعى والمدعى عليه، يقطع الشركه فى مدرک القضاء، ولايدلّ على عدم اسقاط بينه المنكر المدعى عن الاعتبار، وعلى ذلک فالمتعيّن العمل بما تقدم وروده فى ذيل موثقه اسحقاق بن عمّار من أنه يحكم بالعين لذى اليد مع حلفه، ويرفع اليد عن اطلاق معتبره غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجه إلى حلف ذى اليد، ولاخصوصيه لذكر السبب للملک، بل ظاهر المعتبره أنّ ذكر السبب لبيان أنّ المشهود به فى كل من البيّنتين الملک فعلاً لا فى السابق.

وأمّا ما عن الماتن قدس سره من أنّه ترجح بينه المتشبث فيما إذا شهدت بالسبب ولم تشهد بينه الخارج إلّا بالملک المطلق فلا يمكن المساعده عليه، فإنّ مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينه المتشبث ولو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر بناءً على ما ذكره قبل ذلک، والترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم وروده فى خطاب شرعى معتبر بلا موجب.

وقد يناقش فيما تقدم من أنّه يحكم للمتنازعين بالمناصفه فى العين مع كونها بيدهما ويحكم بها للمتشبث مع حلفه على نفى دعوى الآخر فى فرض اقامه كلّ منهما البينه الحكمين مخالفان لمايستفاد من صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه عن أبى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۳: ۱۸۲.

....

الشَرح:

عبداللّه علیه السلام قال: «کان علی علیه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بینهما علی أیّهما تصیر الیمین وکان یقول: ألّلهمّ ربّ السماوات السبع أیّهم کان له الحق فأدّاه إلیه ثم یجعل الحق للذی یصیر إلیه الیمین إذا حلف».(1)

ومایستفاد من موثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «أنّ رجلین اختصما إلی علی علیه السلام فی دابه فزعم کل واحد منهما أنّها نتجت علی مذوده وأقام کل واحد منهما بیّنه سواء فی العدد فأقرع بینهما سهمین علی کل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللّهمّ ربّ السماوات السبع و رب الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها فأسألک أن یقرع وتخرج سهمه أحدهما فقضی له بها»(2)، وفی صحیحه الحلبی قال: سئل أبوعبداللّه علیه السلام عن رجلین شهدا علی أمر وجاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا؟ قال: یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین وهو أولی بالحق»(3)، والحلف ممّن أخرجته القرعه وإن لم یذکر فی الموثقه، ولکن یحمل علی الصحیحتین جمعاً.

وبالجمله: فمقتضی هذه الروایات أنّ مع تساوی البینتین یقرع للحالف، سواء أکان العین فی أیدیهما أم فی ید واحد منهما أم لم یکن فیأیدیهما أصلًا، فتکون المعارضه بینها و بین معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه الداله علی توجّه الیمین علی کل من المتداعیین فیما إذا أقاما بینه سواء أکان المال فیأیدیهما أم لم یکن، وأنّه إذا کانت العین بید واحد منهما یحلف من تکون العین بیده.

ص: ۳۵۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۵: ۱۸۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۲ و۱۱: ۱۸۵.

....

الشَرح:

ولا ـيمكن حمـل المعتبره على صوره اختلاـف البيّنتين فى الوصف والعـدد، وحمـل الصـحيحتين والموثقه على صوره تساويهما، حيث إنّ اختلاف البينتين يناسب التقديم لا توجّه اليمين إلى كل منهما مع أنّه لم يعهد الفتوى بذلك التفصيل من أصحابنا.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشه بوجهين:

الأوّل: أنّه لم يفرض فى صـحيحتى عبـدالرحمان بن أبى عبـداللّه والحلبى اختلاـف المتخاصـمين فى ملكيه العين والموثقه وان كـانت وارده فى الاختلاـف فى ملكيتهـا إلاّـ أنّها حكايه واقعه خاصه، ولعلّ على عليه السـلام طلب فيهاتراضـيهما بالقرعه فأقرع، ويؤيّـد ذلك أنّه حكم فى العين بمجرّد خروج السـهم بالملكيّه، وعلى ذلك فتحمل الصـحيحتين على غير المخاصـمه فى ملكيه العين برفع اليد عن اطلاقهما، فإنّ معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه وارده فى خصوص التنازع فى ملكيتهما.

الـوجه الثـانى: ولعلّه الأـظهر أنّ معتـبره غيـاث بن إبراهيم المتقـدم، ظاهرهـا بيـان حكم صـورتين: إحـداهما: أن تكون العين بيد أحدهما واقامتها البينه على ملكيّتها، وقد حكم فيها الإمام عليه السلام بتقديم من كانت يده على العين.

وثانيتهما: ما إذا كانت العين بيـدهما معاً وفى هذه الصوره حكم عليه السـلام بأنّ المال نصـفين، حيث ورد فيها فقضـى بها للذى فى يـده، وقال لو لم تكن فى يـده جعلت بينهما نصـفين، وظاهر هذا الكلام أنّه لو لم تكن بيده خاصه بأن تكون فى أيدهما ولو كان المراد صوره عدم اليد عليها أصلاً لعبّر عليه السلام ولو لم تكن فى أيديهما.

ويؤيـد ذلك المروى عن دعائم الإسـلام عن أميرالمؤمنين عليه السـلام «أنّه قضـى فى البيّنتين تختلفان فى الشـىء الواحـد يدعيه الرجلان أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل

أمّا لو شهدت للمتشبث بالسبب، وللخارج بالملك المطلق، فإنّه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لايتكرّر كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغه، وقيل بل يقضى للخارج، وان شهدت بينته بالملك المطلق، عملاً بالخبر والأوّل اشبه.

الشَرح:

واحد منهما وليس فى أيديهما، فأمّا ما كان فى أيديهما فهو بينهما نصفان وإن كان فى يدى أحدهما فإنّما البينه فيه للمدعى واليمين على المدعى عليه»(١) والتأييد راجع إلى خروج صورتى كون المال فى أيديهما أو فى يدى واحد عن الأخبار المتقدمه الظاهره باطلاقها فى اعتبار القرعه فى فرض اقامتها البينه سواء أكان المال بيد واحد أم بيدها أم لم تكن يد. لهما عليه.

وبالجمله: يؤخذ فى صورتى كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبره غياث بن إبراهيم وما ورد فى صدر معتبره اسحاق بن عمار وما ورد فى ذيلها، فيقيّد بها اطلاق الروايات الوارده فى القرعه بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بينه بملكيه العين، والوجه فى التقييد كون معتبره غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال فى أيديهما أصلاً وعدم شمول المعتبره لهذا الفرض، وبما أنّ صدر معتبره اسحاق بن عمّار و ذيلها مساوق لمعتبره غياث فيلحقان بها.

ولو فرض أنّ معتبره غياث أيضاً تشمل ما إذا لم تكن العين فى أيديهما بدعوى أنّ قوله عليه السلام ولو لم تكن فى يده عام يشمل ما إذا كان فى أيديهما وما إذا لم يكن فى أيديهما أصلاً لوقعت المعارضه بين الطائفتين، الطائفه الأُولى معتبر تا اسحاق بن عمّار وغياث، والثانيه الروايات الوارده فى اعتبار القرعه، وبعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعده الأوليه ومقتضاها كما تقدم اعتبار التحالف بلا فرق بين اختلاف واعتبار حلف

١- (١) المستدرک: ٣ : الباب ١٠ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ١، ص ١٩٩.

ولو كانت فی يد ثالث قُضی بأرجح البیّنتین[۱] عدالهً. فان تساويا قضی لأکثرهما شهوداً و مع التساوی عدداً وعدالهً يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف وقضی له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضی له وإن نكلا قضی به بينهما بالسويه وقال فی المبسوط يقضی بالقرعه، إن شهدتا بالملک المطلق ويقسم بينهما إن شهدتا بالملک المقیّد، ولو اختصت إحداهما بالتقييد قضی بها دون الاُخری، والاول أنسب بالمنقول.

الشَرح:

من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البينتين وعدمه.

[۱] لو كانت العين بيد ثالث وادعی كل منهما ملكيتها وأقاما بينه بدعواهما فإن اعترف ذواليد بها لأحد هما يكون المعترف له هو المنكر والآخر هو المدعی، وبما أنّ بينه المدعی فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له علی نفی دعوی غريمه كما إذا تقدم فی فرض كونها بيده، وأمّا إذا أقرّ لهما معاً يكون الفرض كما إذا كانت العين فی أيديهما وأقاما كل منهما البينه بأنّ العين له فيحكم بالمناصفه لهما مع حلفهما أو نكولهما وللحالف إذا نكل الآخر علی ما تقدم.

وإن قال الثالث الذی بيده العين: أنّها ليست لی ولكن لا أدری لمن هی فتلغی يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادّعيا مالاً لا يد فيه لأحدهما هی الصوره الرابعه من الصور المتقدمه. وقد ورد فی معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه «فقيل له فلو لم تكن فی يد واحد منهما و أقاما البينه؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين»(۱)، فيؤخذ بها بناءً علی عدم المعارضه بين الطائفتين بتقييد اطلاق الطائفه الداله علی الاقراع بغير التنازع فی ملكيه العين.بل يحكم بالمناصفه أيضاً فی صوره نكولهما بناءً علی أنّ ما ورد فی معتبره غياث بن إبراهيم من قوله عليه السلام : «ولو لم تكن فی يده جعلتها نصفين»(۲)، يعمّ صوره عدم

ويتحقّق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين[۱] ولايتحقّق بين شاهدين الشَرح:

كون العين بيد المتنازعين ونكولهما عن الحلف، ولكن على تقدير الالتزام بالمعارضه وعدم العموم والاطلاق بالاضافه إلى صوره نكولهما حتى فى معتبره غياث بن إبراهيم تدخل الصورتان فى فرض ما إذا ادّعيا عيناً ليست لها يد ولا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعده العدل الجاريه فى سيره العقلاء فى مثل المقام أو يقرع بينهما أخذاً بما ورد فى القرعه «بأنّها تخرج سهم المحق وأى قضيه أعدل من القرعه إذا فوّضوا أمرهم إلى اللّه عزّوجلّ».(۱)

وبالجمله: ما ذكره الماتن قدس سره من الترجيح بين البيّنتين لا يمكن المساعده عليه بوجه.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا لم تكن العين التى تنازعا فيها فيأيديهما ولا بيد واحد منهما ولكن أقام أحدهما البينه بملكيتها له فإنّه لا ينبغى التأمّل فى الحكم بمقتضى البينه. ولكن قد يتبادر إلى الذهن أنّ الحكم المزبور ليس حاكماً قضائياً لأنّ الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقه قوله بأنّ المال لى للحجه لابنفسه ولابلازمه من نفى ملكيه صاحب البينه؛ لأنّ أصاله عدم ملكيه صاحب البيّنه لولاها لم تثبت أنّه المالك والحكم على طبق البيّنه إنّما يكون قضاءً فيما إذا كان الآخر المدعى عليه فى الواقعه، ولذا ذكرنا أنّه لو لم تكن العين بيدهما ولا يد واحد منهما وادّعيا ولم تكن أيضاً بينه لهما ولا لأحدهما يؤخذ بمقتضى قاعده العدل أو بالإقراع والأخذ بالقاعده أو الإقراع فى الملكيه قضاءً حتى لا تسمع الدعوى بعد ذلك إذا ظفر أحدهما بالبيّنه على قوله.

[۱] المشهور بين الأصحاب جريان التعارض بين البينتين وما يتبعه فيما إذا شهد رجلان عدلان بالعين لواحد وشهد عدل وامرأتان بها للآخر بناءً على اعتبار شهاده امرأتين مع رجل فى دعوى العين أيضاً وعدم اختصاص اعتبارها بالدين. ولكن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱۳: ۱۹۰.

وشاهد ويمين، وربّما قال الشيخ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما، ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

الشَرح:

لا تجرى فيما إذا كان لأحدهما شهاده رجلين وللآخر شهاده رجل مع يمينه أو شهاده امرأتين مع يمينه، بل لو كان الأمر كذلك تؤخذ بمقتضى البينه على ضوء ما تقدم.

والوجه فى ذلك أنّ ظاهر الروايات المتقدمه فى تعارض البينتين صوره تعدد الشاهد لكل من المتنازعين، فلا تعمّ ما إذا كانت لأحدهما بينه وللآخر شاهد ويمين، وكذا ما إذا كانت لأحدهما شهاده رجلين وامرأتين وللآخر شهاده امرأتين واليمين لارتكاز انّ المرأتين فى حكم رجل واحد فى الشهاده. وقد تقدم الاشكال فى اعتبار شهاده امرأتين مع رجل فى الشهاده بالعين، وعليه يشكل جريان التعارض السابق فيما إذا كان لأحدهما شهاده رجلين وللآخر شهاده رجل وامرأتين، ولكن استظهرنا اعتبار شهاده رجل واحد مع يمين المدعى أو شهاده امرأتين مع يمينه فى موارد العين أيضاً، ولاينافى التفكيك بين شهاده المرأتين مع الرجل وبين شهاده الرجل مع يمين المدعى فى موارد الشهاده بملكيه العين معتبره داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها «فقلت أنى ذكراللّه تعالى قوله: «فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ»(1) فقال ذلك فى الدين إذا لم يكن فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان».

وذلك فإنّ غايتها عدم دلالتها على اعتبارشهاده رجل ويمين المدعى فى غير الدين، ولاينافى التعميم بحسب دلاله سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالتها على الطوليه فى الاعتبار فلا يكون اعتبار مع البينه بشىء بشهاده رجل واحد ويمين المدعى الآخر بخلافه و لازم ذلك أن تقدم شهاده رجلين فيما إذا تعارض مع شهاده رجل وامرأتين.

1- (1) البقره: 282.

وکلّ موضع قضینا فیه بالقسمه فانّما هو فی موضع یمکن فرضها کالأموال[۱] دون ما یمتنع، کما اذا تداعی رجلان زوجه.

الشَرح:

ولکن التفریع غیر صحیح، وذلک فإنّ الطولیه المستفاده منها بمعنی عدم وجدان المدعی بالدین شهاده رجلین، وأمّا عدم الاعتبار بشهاده رجل وامرأتین فیما إذا وجد المدعی الآخر رجلین للشهاده فلا دلاله للمعتبره علی ذلک أصلاً.

فالعمده فی وجه عدم معارضه بینه أحد المدعیین فی العین مع شهاده رجل للمدعی الآخر مع یمینه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلی صوره تعدد الشاهد لکل من المتنازعین فی العین.

[۱] ذکر أنّ کل موضع یقضی فیه بالقسمه والتحالف أو النکول أو بغیرهما إنّما هو فی مورد قابل للقسمه، أمّا ما لاتمکن فیه القسمه کما إذا ادعی رجل زوجیه امرأه وأقام شاهدین بها وادعی آخر زوجیتها أیضاً وأقام شاهدین بها فلا یدخل فیما تقدم.

أقول: کان أولی ابدال فرض القسمه بفرض الشرکه، ولعلّ مراده من القسمه الأعم من قسمه العین والقیمه.

وقد یقال فی التنازع فی زوجیه المرأه أنّ مع نکولهما یخلّی سبیلها واستشکل بعضهم بما إذا علم أنّها زوجه لأحدهما بل مع عدم العلم أیضاً، فإنّ البیّنتین وإن تساقطتا بالاضافه إلی مدلولیهما المطابقیین إلّا أنّهما تنفیان بالالتزام کونه خلّیه أو زوجه لثالث.

وقد یقال بأنّها اعترفت لاحدهما بعینه یحکم بأنّها زوجه له أخذاً باعترافهما وإن لم تعترف لأحدهما یقرع بینهما، ولا یحتاج من خرج بالقرعه إلی الحلف، حیث إنّ القرعه لتعیین الزوج لها لا ـ من یصیر إلیه الحلف، وفی روایه داود ابن أبی یزید العطار عن بعض رجاله عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی رجل کانت له امرأه فجاء رجل بشهود أنّ

....

الشَرح:

هذه المرأه امرأه فلان وجاء آخران فشـهدا أنّها امرأه فلان، فاعتدل الشـهود و عدّلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سـهمه فهو المحق وهو أولى بها»(۱)، وظاهرها عدم الحاجه إلى اليمين بعد القرعه.

أقول: إنّها لضـعفها سـنداً غيرقابله للاعتماد عليها ومقتضـى بعض الروايات المعتبره فى مثل دعوى الزوجيه الإقراع بين المتنازعين مع اعتبـار ضم اليمين، وفى صـحيحه الحلبى المتقـدمه «عن رجلين شـهدا على أمر وجاء آخران فشـهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»(۱)، وفى صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدمه «كان على عليه السـلام إذا أتاه رجلان بشـهود عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين الحديث»(۳)، بناءً على ماتقدم من عدم اختصاصـها بدعوى الحق المدعى ظهوره فى المال وظاهر التقييد فى حكايته عليه السلام الاقراع بصوره تساوى البينتين فى العدد أنّ مع عـدم تساويهمـا نُرجـح مـا هو أكثر شـهوداً، ولكن بمـا أنّ لادلالـه لهـا على الحكم بمجرّد الترجيـح فـالمتيقن ضم اليمين، فيختصّ الاقراع بصوره تساوى البينتين كما هو ظاهر الفرض فى صحيحه الحلبى.

ولاـ دليـل فى المقـام أنّ مع نكول من رجّحت بينته أو أخرجتها القرعه يرد اليمين على المـدعى الآخر ومع نكوله أيضاً يقرع مرّه ثـانيه ليتعين الزوج كمـا هو المـذكور فى كلاـم بعض الأصـحاب، لأنّ ما ورد فى حلف الآخر وردّ اليمين فى موردين، أحـدهما التنازع فى العين فى ملكيتها، والثانى ردّ اليمين من المنكر إذا ردّها على المدّعى هوأو

۱- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۵:۱۸۳.

والشهاده بقديم المُلک اولى من الشهاده بالحادث، [۱] مثل أن تشهد إحداهما بالملک فى الحال، والاُخرى بقديمه، او احداهما بالقديم والاخرى بالاقدم، فالترجيح لجانب الاقدم وكذا الشهاده بالملک اولى من الشهاده باليد لأنّها محتمله وكذا الشهاده بسبب الملک اولى بالشهاده بالتصرف.

الشَرح:

الحاكم والمفروض فى المقام من الحلف هو حلف المدعى الذى تثبت دعواه بالبينه بضم اليمين أو بالقرعه بضمّها.

وعلى ذلک فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعه ثبتت الزوجيه، وإلاّ يحكم بأنّها خلّيه فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما اجمالاً كما هو مقتضى الأصل، وما ذكر من دلاله البينتين التزاماً فقد ذكرنا فى بحث الأصول أنّه لا مجال للدلاله الالتزاميه مع سقوط المدلول المطابقى عن الاعتبار بالمعارضه فى البيّنات وغيرها من الأمارات.

وممّا ذكرنا يظهر أنّها لو اعترف بزوجيتها لأحد المدعيين معيناً ثبتت الزوجيه بينهما باعترافهما، يعنى باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، وعلى ذلک فيكون طرف المدعى الآخر كل من المعترفين، فأيّهما حلف على نفى دعواه لسقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضه سقطت دعواه.

[۱] ذكر قدس سره لترجيح احدى البينتين المتعارضتين على الأُخرى مرجحات:

الأوّل: أن تشهد احدى البينتين بالملک لأحد المتنازعين فعلًا، والأُخرى بقدم الملک للمتنازع الآخر.

الثانى: أن تشهد احداهما بقدم الملک لأحدهما والأُخرى بالملک الأقدم للآخر ويسمّى كلا الفرضين بالترجيح بالتاريخ، وعلّل الترجيح فى بعض الكلمات بأنّ البيّنتين تتعارضان فى الملک فى الحال فى الفرض الأوّل وفى الحال، والقديم

....

الشَرح:

فی الفرض الثانی ولکن الملک بالاضافه إلی الماضی فی الأوّل والأقدم فی الثانی بلامعارض لاختصاص احدی البینتین به، فیستصحب ذلک الملک.

وربّما یستدل علی ذلک بما ورد فی روایه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام : «کان أیضاً ای علی علیه السلام إذا اختصم إلیه الخصمان فی جاریه فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنّه أنتجها فکانا إذا أقاما البینه جمیعاً قضی بها للذی انتجت عنده».(۱)

أقول: أمّا الروایه فلضعفها سنداً واحتمال اختصاص الحکم فی التنازع فی الجاریه لا یمکن أن تکون سنداً للترجیح بالتاریخ، والصحیح لو کانت شهاده احدهما بالملک السابق فقط، کمایوهم ظاهر المتن ولکن من أقامها کان نزاعه مع الآخر فی الملک فی الحال فلا تفیده البینه بملک القدیم، بل یحکم بثبوت دعوی المدعی الآخر بملک الحال ببینته به من غیر فرق بین کون العین بید صاحب البینه بملک القدیم أو بید شخص ثالث، نعم إذا کانت العین بیدهما او بید صاحب البیّنه بملک الحال فعلیه أن یحلف لصاحب البیّنه بملک القدیم، لأنّه یحسب منکراً إذاکان المال بیده بالاضافه إلی دعوی الآخر فی تمام المال أو بالاضافه إلی ما بیده من النصف، وقد تقدم أنّ بینه المنکر لا تغنی عن الحلف، أمّا إذا کانت بینه الملک القدیم تشهد باستمرار الملک له من قدیم الزمان إلی الحال، ولعلّه مراد الماتن قدس سره ففی الفرض البیّنتان متعارضتان وبما أنّ لکل من المتنازعین بینه فتدخل الخصومه فیما وردت فی معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غیاث بن إبراهیم، فیؤخذ بهما علی ما تقدم، وإن نوقش فی ذلک بأنّ المفروض فی المعتبرتین وغیرهما عدم اختلاف البینتین من حیث تاریخ المشهود به،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۵:۱۸۶.

....

الشَرح:

والمفروض فی المقام اختلافهما فلا يعمل فی الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا فی عين ولم يكن لأحدهما بيّنه بدعوى انّه بعد تساقط البينتين كما هو فرض عدم الدليل على الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، وذلك فإنّه لا بأس فی الفرض بالأخذ بصحيحه عبدالرحمان والحلبی والحكم بالإقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهاده احدى البينتين بالاضافه إلى الملك الماضی بلا معارض، فيؤخذ به و يستصحب ونتيجه ذلك نتيجه تقديم البينه الشاهده بملك القديم. مضافاً إلى أنّه لا مجال لدعوى ثبوت الملكيه فی الماضی لعدم التعارض بالاضافه إليها، والوجه فی عدم المجال أنّ الملكيه فی الماضی مدلول بينه مبتلاه بالمعارض، وليس الملكيه السابقه مدلولاً مع قطع النظر عن الملكّيه الحاليّه لتنحلّ البينه القائمه بملك القديم إلى بينتين احداهما مبتلاه بالمعارض دون الأُخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول احدى البيّنتين ملك العين لأحدهما و مدلول الأُخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بينه الملك بدعوى أنّ اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعاريه والوكاله وغيرهما.

ولا يخفى أنّ بينه الملك وإن يؤخذ بها، ولكن الأخذ ليس لترجيحها على البينه الأخرى، فإنّ بينه اليد لاتزيد على العلم الوجدانی بأنّ العين بيد من يدعی الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بينه اليد أو بينه التصرّف، حيث إنّ التصرّف مرجعه إلى اليد منكراً وصاحب بيّنه الملك مدعياً بلاتعارض بين البينتين، بل التعارض بين قولی المتنازعين.

والحاصل: انّ لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمه الظاهره فی فرض

الثالثه: لو ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه[١]

الشَرح:

التعارض بين البينتين، فيؤخذ فيه بقاعده البينه للمدعى بعد صيروره الآخر منكراً ببيّنه اليد أو التصرف.

ونظير ذلك ما إذا شهدت احدى البينتين بسبب الملك لأحدهما و الأُخرى بالتصرف من الآخر، حيث إنّ التصرّف عباره أُخرى عن كون العين بيد ذلك الآخر.

[١] لو كانت العين بيد واحد وادعاها آخران بأن قال كل منهما أنّها لى واعترف ذو اليد بها لأحدهما المعين فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ اقراره على نفسه، وملكيه غير المقرّ له غير محرزه، ليقال أنّ الاقرار هو على الغير أيضاً بل عدم الملكيه للغير محرز بالأصل، فيحكم بأنّ العين للمقرّ له فتتوجه دعوى غير المقرّ له بملكيه تلك العين إلى المقرّ له.

وهل لهذا المدعى أن يقول فليحلف ذو اليد على أنّه لم يكن عالماً بأنّ العين لى.

وبتعبير آخر: هل تسمع دعوى العلم على المقرّ؟ ذكر الماتن قدس سره تسمع لأنّه إذا لم يحلف ذو اليد وردّ اليمين هو أو الحاكم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمه العين؛ لأنّه حال بين العين ومالكها بالاقرار للآخر وذكره الحيلوله ظاهره سماع دعوى العين حتى مع بقاء العين بيد المقرّ له.

وذكر فى المسالك بعد تقييد السماع بصوره تلف العين أنّ السماع مبنى على أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه يعلم بأنّ العين كانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم القيمه، أمّا إذا بنى على أنّ اقراره بذلك لا يوجب الغرم، كما عليه الشيخ فى احد قوليه، فسماع دعوى العلم مبنى على أنّ اليمين المردوده من ذى اليد المقرّ لاحدهما بالعين بمنزله البينه، أمّا إذاقيل بأنّ اليمين المردوده كإقراره فلاتسمع لعدم الفائده فى الدعوى المزبوره على تقدير كونها كالاقرار؛ لأنّه لو اعترف المقرّ بأنّه كان يعلم لا يوجب هذا الاقرار غرماً،

حاضراً كـان المقر له او غائباً فـإن قال المـدعى احلفوه انّه لا يعلم أنّها لى، توجهت اليمين، لأنّ فائـدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل او ردّ وقال الشيخ: لا يحلف ولايغرم لو نكل والأقرب أنّه يغرم، لأنّه حال بين المالك وماله، باقراره لغيره ولو أنكر المقر له حفظها الشَرح:

فكيف ما هو بمنزلته، يعنى اليمين المردوده بخلاف ما إذا قلنا بأنّ اليمين المردوده كالبينه فإنّه تسـمع دعوى العلم؛ لأنّه إذا قامت البينه بعـد اعترافه بالعين للمقرّ له مع تلف العين بأنّه كان يعلم بأنّها للمـدعى الآخر أخـذ البـدل على ما هو المقرّر فى باب تعاقب الأيدى على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردوده مثل قيام تلك البينه.

وناقش فى الجواهر بعـد الإغماض عن تقييـد السـماع بصوره تلف العين بأنّه لو قيل بأنّ اليمين المردوده كالبينه القائمه بالـدعوى فلاتسـمع دعوى العلم، فـإنّ الـبينه التى يوجب قيامهـا ضـمان المقرّ هى البينه القـائمه بـأنّ العين كـانت للمـدعى الآـخر، كمـا هو المعروف فى باب الإقرار، لا البيّنه القائمه بأنّ ذا اليـد كان يعتقـد عنـد اقراره لأحـد المـدعيين أنّ مالك العين هو المـدعى الآخر واليمين المردوده بمنزله البينه على الـدعوى المزبور كونهـا دعوى العلم على المقر لاـدعوى أنّ العين كان له، فإنّ هـذه الـدعوى تتوجّه إلى المقرّ له كماتقدّم.

أقول: قـد تقـدم أنّه لامجال لـدعوى العلم على المقر فيما إذا أخـذ المـدعى الآخر العين من المقرّ له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنّه قـد وصل إليه ما كان مالكاً لها من نفس العين أو بـدلها، وإذا لم يأخذ من المقر له ولو بتركه الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقرّ، حيث إنّ دعوى العلم عليه يعـدّ من دعوى الاتلاف وادخاله فى الخساره لنفوذ اقرار ذى اليد، ولايفرق أيضاً فى سماع هذه الدعوى بين بقاء العين وعدمه، واللّه سبحانه هو العالم.

الحاكم،[۱] لأنّها خرجت عن ملك المقر ولم تدخل فی ملک المقر له، ولو اقام المدعی الشَرح:

[۱] ولو أنكر المقر له كون العين له يسمع انكاره؛ لأنّه اعتراف على نفسه، وعلى الحاكم أن يحفظ العين حتى يحرز مالكها، ولو أقام مدعيها بينةً أو شاهداً وحلف معه على أنّ العين له يحكم بأنّها له، وإلّا تبقى بيد الحاكم، فيعمل فيها بوظيفه المال المجهول مالكه. واحتمل العلّامه فی القواعد دفعها إلى من يدعيها ولو لم تكن له بينه أو شاهد بلا حاجه إلى يمينه؛ لأنّ دعواه من دعوى ملكيه عين بلا معارض ولا يخفى ما فيه فإنّ دعوى ملكيه المال تسمع فيما لم يكن بيد من يكون وظيفته ايصاله إلى مالكه، كما هو المقرّر فی باب اللقطه والمال المجهول مالكه.

والمحكی فی الجواهر عن بعض العامّه أنّه لو نفی المقرّ له كون المال له يقال للمقرّ أنّك نفيت المال عن كونه لك، وقد ردّه المقرّ له أو نفی كونه له، فإن لم تقرّ به لمعروف بحيث تنصرف الخصومه إليه أو لم تدعيه لنفسك جعلناك ناكلًا، وإذا حلف المدعی استحق المال.

ولا يخفى أنّ الذی يردّ مع نكوله اليمين على المدعی هو من يتوجه إليه اليمين ويمتنع عن الحلف، ومع اعتراف المقرّ بأنّه ليس المال له يدخل المال فی المجهول مالكه، ولا يتوجه إليه يمين.

والمحكی عن العلاّمه فی التحرير أنّ العين تترک فی يد المقرّ حتى تقوم الحجّه بأنّها لغيره؛ لأنّ اقراره بأنّ المال لغيره قد بطل بانكار المقرّ له، وفيه أيضاً أنّ اقرار المقرّ بأنّ المال ليس له لم يبطل وإنّما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذی عيّنه.

ثمّ إنّه لو رجع المقرّ له عن انكاره وصدّق المقرّ بأنّ العين له، فعن التذكره أنّ المقرّ له يأخذ المال لزوال حكم انكاره بتصديقه ثانياً وبقی اقرار المقرّ بلا معارض. ولا يخفى ما فيه أيضاً، فإنّه لا دليل على سماع تصديقه بعد انكاره فإنّ انكاره اعتراف

بينهً قُضِی له وامّا لو اقرّ المدعی علیه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه واُلزم البیان[۱].

الشَرح:

علی نفسه بخلاف تصدیقه، نظیر ما إذا رجع ذو الید المقرّ عن اقراره بأنّ المال لغیری فقال بل المال لی.

والمتحصل یأخذ الحاکم العین المزبوره ویعمل فیها بالوظیفه فی المال المجهول مالکه.

أقول: الوجه فیأخذ الحاکم العین مع أنّ المال المجهول مالکه إذا کان بید انسان لا یؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذی الید بأنّه لفلان مع انکار ذلک الفلان کونه له یعدّ من عدوان ذی الید فی ذلک المال، فیؤخذ منه ولولم یکن منه اقرار ومن المقرّ له انکار لم یؤخذ منه لحمل یده فی المال علی الصحه.

[۱] لو اقرّ من بیده العین بأنّها لیست له بل للغیر ولکن لم یعین ذلک الغیر ذکر الماتن قدس سره أنّه لا تندفع الخصومه عنه، بل یلزم بالبیان.

أقول: یکفی فی دفع الخصومه عنه اعترافه بأنّ العین للغیر غایه الأمر لو کان قوله أنّها للغیر بحیث خرج المدعی من اطراف الاحتمال کما إذا قال إنّها لیست لی ولا لک بل للغیر تتوجه الدعوی إلی المالک الغائب، فإن کانت للمدعی بیّنه أو شاهد وحلف معه یأخذ العین ویحکم بأنّها له مع أخذ الکفیل کما فی الدعوی علی الغائب، ولو لم یکن له شاهد ویمین یترک العین بید المقرّ فیما لو احتمل الصحّه فی یده علیها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ یده علی العین عادیه فإنّ الحاکم یأخذها کما مرّ.

والحاصل: أنّ الدعوی فی الفرض تنصرف عمّن فی یده العین إلّا أن یدعی علیه بأنّه یعلم بأنّها للمدعی.

أمّا إذا کان قوله ولیست لی العین بحیث لم یخرج المدعی عن أطراف الاحتمال کما لو قال: لاأدری لمن هو لک أو لغیرک، فإن کان للمدعی بینه أو شاهد وحلف معه

الرابعه: إذا ادّعی أنّه آجره الدابه، و ادّعی آخر أنّه اودعه ایاها تحقق التعارض[۱] مع قیام البینتین بالدعویین، وعمل بالقرعه مع تساوی البینتین فی عدم الترجیح.

الشَرح:

أخذها ولا یحتاج فی الدفع إلیه فی الفرض إلی الکفاله لعدم احراز کون دعواه علی الغائب، کما فی دفع اللقطه والمجهول المالک إلی من أقام الحجّه بأنّه المالک، وما ذکر الماتن قدس سره من أنّه لو أقرّ من بیده المال للغیر من غیر تعیین یلزم بالبیان، فلا أری له وجهاً صحیحاً بعد ما ذکرنا اندفاع الخصومه عنه بالاقرار المزبور والدعوی علیه بأنّه یعلم أنّ مالکها هو المدعی دعوی أُخری غیر دعوی ملکیه المال علیه علی ما تقدم.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه فیما لو قال أحد المتنازعین فی العین التی بید زید آجرتها منه، وقال الآخر: أودعتها عنده، یکون غرض کل منهما من دعوی الاجاره والودیعه ملکیه العین له لا لذی الید و لا للمدعی الآخر، فمع تساوی البیّنتین یقرع بین المتنازعین علی ماتقدم، وإلاّ یحلف من تکون بینته أرجح.

وفی الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعه یحلف ویحکم بأنّ العین له، ومع عدم حلفه یحلف الآخر، ومع نکولهما أیضاً یقتسمان. وعلی ذلک یکون المفروض فی المقام من صغریات دعوی الاملاک، لا الاختلاف فی العقود.

أقول: هذا فیما إذا کان ظاهر کل من البینتین هو الشهاده بالمالک للمشهود له بالتصرّف، وإلاّ فمجرّد الشهاده بتصرّف لا توجب تحقق التعارض بین البینتین فی الملک، لیدخل المفروض فی المقام فیما ورد فی معتبرتی اسحاق بن عمّار وغیاث ابن إبراهیم، أو ما دلّ علی الاقراع فی تعارض البینتین مطلقاً، حیث إنّ ظاهرها تعارض البیّنه فی المدعی به.

ثمّ إنّه قد ذکرنا أنّ المفروض فی المقام لایدخل فی الاختلاف فی العقود نظیر ما إذا کانت عین بید زید وادعی انّه استأجرها من عمرو وقال عمرو لا بل هی عاریه، فانّ هذا الاختلاف من الاختلاف فی العقود ویقدم قول المالک ولو مع البینه لکل منهما،

....

الشَرح:

لأنّ من بيده العين معترف بأنّها ليست له، بل أنّه يملك منفعتها من المالك يعنى عمرو، والمالك ينكره، وبما أنّ بينه المدعى مبتلاه بالمعارض فيحلف المالک على نفى الإجاره، كما أنّه لو انعكس الأمر وادعى المالک أنّه استأجرها سنه وقال من بيده العين أنّه أودعهما عنده يحلف ذواليد؛ لأنّ المالک يدعى عليه الأجره، والأصل عدم وقوع الاجاره.

ومايقال أنّه يقدم قول المالک لأنّ الأصل فى الأموال ضمان المنافع والأعيان بضمان معاملى أم بغيره ويستفاد ذلک من الروايات المتفرقه والسيره لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالک فى الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، والمفروض فى المقام اذن المالک فى وضع اليد، والأصل عدم ثبوت الاجاره.

هذا كلّه بحسب القاعده الأوّليه، ويمكن أن يدعى مع قيام البينه لقول كل من المالک ومن بيده العين يدخل الفرض فى مدلول صحيحه عبدالرحمان المتقدمه الداله على أنّ مع تساوى البينتين فى الوصف والعدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعه، ونحوها صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه واختلفوا قال يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء»(۱)، وصحيحه الحلبى المتقدمه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلک فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»(۲)، ومع اختلاف البينتين فى العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

ص :۳۶۹

الخامسه: لو ادعی داراً فی یـد انسان واقام بینه أنّها کانت فی یده امس، او منذ شـهر قیل لا یسـمع هذه البینه [۱] وکذا لو شهدت له بالملک امس، لأنّ ظاهر الید الآن الملک،

الشَرح:

وبالجمله: لا یختص ما تقـدم فی تعارض البینتین بـدعوی الاملاک بل یجری ما دلّ علی الترجیح بالعدد والاقراع مع التساوی فی موارد الاختلاف فی العقود ولکنهـا موهومه، فـإنّ ظـاهر ما ورد فی الترجیـح أو الاقراع ما إذا کان التنازع فی أمر یتردّد أمره بین شخصین أو أکثر.

[۱] لو کـانت دارٌ فی یـد زیـد وادعاهـا عمرو وأقـام بینه فشـهدت بـأنّ الـدار کانت بیـد عمرو قبل شـهر أو أنّها کانت لعمرو قبل شهرین من غیر أن تشـهد بملکیتها له فعلاً فقـد یقال کما هو ظاهر الماتن قـدس سـره أنّه تسـمع هذه البینه، حیث یثبت بها ملک عمرو سابقـاً، ویستصـحب هـذا الملـک، فیثبت أنّهـا ملـک عمرو فعلاًـ فتکون البینه مع الاستصـحاب المزبور مثبته لملکهـا لعمرو فتؤخذ الدار من زید وتعطی لِعمرو.

أقول: لاـ تسـمع البیّنه المزبوره حتی إذا شـهدت بـأنّ الـدار کانت لعمرو قبل شـهر والوجه. فی ذلک أنّ القضاء بکون الـدار لأیّ منهما لابد أن یستند إلی بیّنه المدعی، ومع عدمها تصل النوبه إلی یمین المدعی علیه بعد تمییز المدعی علیه عن المدعی.

ونقول فی تمییز المـدعی علیه فی المقـام أنّ البینه بـأنّ الـدار کانت لعمرو قبل شـهر لا تثبت الملک لعمرو فعلاً ولا تجعل عمرواً لمدعی علیه، لأنّه شهدت بالسابق ولا یستصحب الملک السابق فی مقابل الید الفعلیه لزید لحکومه قاعده الید علی الاستصحاب، کما هو المقرر فی محلّه، ومقتضـی الیـد الحالیه لزیـد أنّ الدار ملک له فعلاً، فیکون عمرو مدعیاً، وبما أنّه لا بینه له بملکیه الدار فعلاً تصل النوبه إلی احلاف ذی الید، ومع حلفه تسقط دعوی عمرو.

هذا فیما إذا لم یعترف زید بأنّ الدار اشتراها من عمرو و إلاّ تنقلب الدعوی فیصیر

فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال، ولعلّ الأقرب القبول وأمّا لو شهدت بينه المدعى أنّ صاحب اليد غصبها أو استأجرها منه حكم بها لأنّها شهدت بالملك، وسبب يد الثانى ولو قال غصبنى ايّاها وقال آخر بل اقرّ لى بها، واقاما بينه قُضى للمغصوب منه[۱] ولم يضمن

الشَرح:

عمرو المدعى عليه وزيد هو المدعى، وذلك فإنّه لااعتبار باليد فيماكان صاحبها معترفاً بأنّ المال انتقل إليه من مدعيه، ويكون متقضى الاستصحاب بقاء الملك القديم بعد سقوط اعتبار اليد، وقول عمرو مطابق لذلك الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

ونظير ذلك ما لو شهدت البينه بأنّ زيداً اعترف بأنّ العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإنّ ثبوت اعترافه بالبينه يوجب سقوط يده الحاليه على العين عن الاعتبار، وهذا هو الفارق بين شهاده البينه بأنّ الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهاده سقوط اليد الحاليه عن الاعتبار، وبين البينه باعتراف زيد بأنّ الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

ونظير البينه باعتراف زيد الشهاده بأنّ يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار فى الدار، فإنّه يستصحب بقاء الدار على ملك عمرو، ولايكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعليه، بل اليد المحرزه حالهاسابقاً غير معتبره فى الملكيه الفعليه فيما إذا كان المالك سابقاً منكراً لانتقالها أو مطلقاً على ما ذكر فى محلّه.

[۱] ذكر قدس سره أنّه لو كانت العين بيد شخص، وادعى عمرو عليه بأنّه قد غصبها منه وأن يده فيها يد غصب، وادعى زيد أنّ العين له، حيث إنّ ذا اليد اعترف بأنّها له، وأقام كل من عمرو وزيد بينه، عمرو بالغصب منه وزيد بالاقرار له، أنّه يحكم بأنّ العين لعمرو و لايخسر ذو اليد لزيد البدل حيث إنّ ما تقدم من أن المقرّ يغرم للمقرّ له البدل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد المتنازعين باقراره أيضاً، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ

المقرّ لأنّ الحيلوله لم تحصل باقراره بل بالبينه.

الشَرح:

بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، ولكن دفع العين إلى عمرو فى مفروض الماتن قدس سره بالبينه التى شهدت بأنّ العين مغصوبه من عمرو فلايكون اقرار ذى اليد بعد ذلك بأنّها لزيد اقراراً باتلاف العين له، كما فى صوره الاقرار بعد الاقرار.

المقصد الثانی

فی الاختلافات فی العقود

إذا اتّفقا علی استئجار دارٍ معینهٍ شـهراً معیّناً واختلفا فی الأجره واقام کلّ منهما بیّنه بما قدّره، فإن تقدّم تاریخ أحدهما عُمِل به[١] لأنّ الثانی یکون باطلاً وإن کان التاریخ واحداً، تحقّق التعارض إذ لا یمکن فی الوقت الواحد وقوع عقدین متنافیین و حینئذٍ یقرع الشَرح:

[١] قد تقدم أنّ مع فرض التعارض بین البینتین لایکون تقدم التاریخ مرجحاً لاحداهما أو معیناً، کما إذا علم وقوع عقد ایجار واحد، فکل من البینتین تنفی وقوع الآخر وتقدم التاریخ فی احداهما وتأخره فی الأُخری لا یوجب سقوط دلالتهما الالتزامیه أو ارتفاع تلک الدلاله عمّایعیّن التاریخ فی التأخر، وعلی ذلک فلا فرق بین اتحادهما فی التاریخ أو اختلافهما.

وقد یقال إنّ فی موارد الاختلاف فی الأُجره، سواء أکان الاختلاف بالزیاده والنقیصه أم بالتباین، کما إذا عیّنت احداهما الأُجره بالدینار والأُخری بالدرهم یکون الحکم هو التحالف بلا فرق بین کون المخاصمه قبل استیفاء المنفعه أم بعده؛ وذلک فإنّ المعیار فی کون أحد المتخاصمین مدعیاً والآخر منکراً هو ملاحظه مصب الدعوی، لا الغرض المترتب علی ذلک المصب، والمراد بالمصب ما یذکره المتخاصمان، وعلیه فلو ادعی مالک الدار أنّ الأُجره فی عقد الاجاره عشره، والآخر أنّ الأُجره فی عقدها خمسه فکل منهمایدعی عقداً خاصّاً، حیث یختلف عقد عن عقد

بينهما، ويحكم لمن خرج اسـمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا فى المبسوط وقال آخر يقضى ببيّنه الموجر، لأنّ القول قول المستأجر لو لم يكن بيّنه إذ هو يخالف على ما فى ذمّه المستأجر فيكون القول قوله.

ومن كـان القول قوله مع عـدم البيّنه، كانت البيّنه فى طرف المـدعى وحينئـذ نقول: هو مـدع زياده، وقـد أقام البيّنه بها فيجب أن يثبت و فى القولين تردّدٌ.

الشَرح:

آخر باختلافهمـا فى أحـد العوضـين، فـدعوى المالـك أنّه اسـتأجرها بعشـره، كمـا أنّهـا تنفى بالأصـل كـذلك دعوى الآخر أنّه اسـتأجرها بخمسه. ولاـ اعتبـار فى الأصـل الجـارى فى عـدم اشـتغال ذمه المسـتأجر بالخمسه الزائـده، فإنّه لا اعتبار فى تشـخيص المـدعى عن المدعى عليه بالأصل الجارى فى الغرض، بل الملاک فيه بالأصل أو القاعده الجاريه فى نفس مصب الدعوى، فإن كـان قول أحـد المتخاصـمين موافقاً للأصل أو القاعـده الجاريه فيه فهو المـدعى عليه، فتطلب البينه من الآخر، وإن كان قول كل منهما مخالفاً للأصل أو القاعده الجاريه فيه فكل منهما مدّعٍ و منكر، فتصل النوبه إلى التحالف.

وهذا ظاهر كلام الشـيخ قدس سره فى المبسوط، واحتمله الماتن والعلّامه ومال إليه فى جامع المقاصد، وعليه فعند اختلافهما فى مقـدار الأُجره المسـماه والبينه لكل منهما يخرج من يقدم بينته ويحلف صاحبها، أمّا مع عدم البينه لواحد منهما فيحلفان، ويحكم بانفساخ عقد الإجاره، فإن كانت المخاصمه بعد الاستيفاء يملك مالك الدار اجره المثل إلّا إذا كان مايدعيه من الأُجره أقل من اجره المثل فإنّه يحكم بالأقل أخـذاً باعترافه بأنّه لا يسـتحق الزائـد، وأمّا إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الـدار بمنافعها إلى مالكها ولاشىء على المستأجر.

لاـ يقال: يترتب على ما ذكر أنّه لو ادعى المقرض أنّه أقرضه عشـره، وقال الآخر: اقترضت خمسه، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدين، وكذلك فيما إذا اختلفا فى

....

الشَرح:

الإبراء، فقال المدين أبرأتنى من الألف، وقال الدائن: أبرأتك من المائه مع أنّه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزياده فى القرض والإبراء، وبذلك أجاب الشهيد الثانى فى المسالك عن القول بالتحالف فى مسأله الاختلاف فى مقدار الأجره المسماه.

فإنّه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، واختلفا فى أنّ متعلّق العقد كان العشره أو الخمسه فيحكم بعد التحالف بتنصيف الخمسه الزائده لقاعده التنصيف، أمّا إذا ادّعى الدائن أقرضتك عشره ولم يذكر أنّه باقتراض واحد أو متعدد، وقال المديون أنّه اقترض خمسه فالمورد من موارد الدعوى والانكار، ويظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلك فى المقام.

ولكن المحكى عن مفتاح الكرامه أنّه نسب إلى المشهور أنّه يلاحظ فى تعيين المدعى عن المنكر الغرض، لامصب الدعوى؛ فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعده بحسب الغرض فهو المدعى عليه، والآخر مدّعٍ، وإن كان قول كل منهما مخالفاً يكون من مورد التحالف، وعلى ذلك تكون مسأله الاختلاف فى مقدار الأُجره أو مقدارا المالٍ المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى والانكار.

أقول: هذه المسأله يعنى كون المعيار فى تشخيص الدعوى والانكار مصب الدعوى أو الغرض وإن لم تكن معنونه فى كلمات الأصحاب استقلالاً، إلاّ أنّه استظهر القولين من كلمات الأصحاب فى موارد الاختلاف فى العقود، وقد تقدم سابقاً أنّه لم يرد فى الروايات غير كون البيّنه على المدعى واليمين على من ادعى عليه، ومن يقول بملاحظه مصب الدعوى يلتزم بأنّ صدق عنوانى المدعى والمدعى عليه بملاحظته كما أنّه يلتزم من يقول بملاحظه الغرض بأنّ صدقهما بلحاظه.

ولكن بعد التسالم على أنّ الشارع لم يخترع فى الدعوى على الغير اصطلاحاً، بل

....

الشَرح:

هى بمعناها العرفى موضوع للحكم فمعنى الدعوى على الغير عرفاً أن يكون قوله مشتملاً لمطالبه الغير بحق مالى أو غيره أو ثبوت ما يزول معه ما كان للغير من الحق ممّا يحتاج كل من الحق وثبوت المزيل عند العقلاء إلى الإثبات من غير فرق بين أن يذكر ذلك الحق أو المزيل بالدلاله المطابقيه أو بالدلاله الالتزاميه، بخلاف المدعى عليه فإنّ قوله لايشمل مطالبه الغير بحق، لم يثبت أو ينفى أن يكون عليه للغير حق ولعدم مخالفه قوله الحجّه المعتبره فى حق الجاهل، ومنه القاضى بينهما لايحتاج قوله إلى الاثبات.

ثمّ إنّ الحجّه عند الجهل بالواقعه تختلف فقد يكون ما هو الحجّه شرعاً عند الجهل بالواقعه ممّا لا يعتبره العقلاء، وقد يكون ما يعتبره العقلاء مردوداً من قبل الشارع فيرتب على ذلك أن يكون المدعى عليه فى المورد الثانى عندهم مدعياً بحسب الشرع، كما إذا اتّفقا على جريان عقد على العين الخارجيه واختلفا فى كونه بيعاً لها بألف أو اجارتها عشر سنوات بألف، فالمالك يدعى أنّه استأجرها والآخر يدعى أنّه اشتراها ربّما أنّ الاستصحاب حجّه شرعاً عند الجهل بالواقع وانّه أصل عملى لا يثبت به اللوازم فيكون مالك العين منكراً لمطابقه قوله مع استصحاب عدم البيع وعلى الآخر اثباته، ولايعارض الاستصحاب فى ناحيه عدم البيع بالاستصحاب فى ناحيه عدم اجارتها؛ لأنّ الاستصحاب فى ناحيه عدم الاجاره لا أثر له للعلم بأنّ الآخر يملك منفعه العين فى عشر سنوات إمّا استقلالاً أو تبعاً لملك العين، كما أنّ المالك يملك الألف إمّا اجاره أو ثمناً والمفروض أنّ الاستصحاب فى عدم الاجاره لا يثبت وقوع البيع، فيبقى الاستصحاب فى ناحيه عدم البيع بلامعارض، من غير فرق بين طرح الدعوى كما ذكر أو طرحها بأن قال المالك العين بيد القابض أمانه بالاستئجار وقول الآخر أنّ يده عليها

....

الشَرح:

يد ملك بالشراء منه.

والحاصل: إن أراد القائل باعتبارمصب الدعوى أنّ مع جريان الأصل أو القاعده فى المصب الحاكمه على القاعده أو الأصل الجارى فى الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعده الجاريه فى المصب الحاكمه على ما فى ناحيه الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسببى مع وجود الأصل الجارى فى السبب، وإن أراد أنّه مع عدم أصل معتبر أو قاعده معتبره فى المصبّ لا اعتبار بالأصل أو القاعده الجاريه فى الغرض فقد ذكرنا ضعفه وأنّه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلك الحجّه بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

وعلى ما ذكرنا ففى موارد الاختلاف فى البيع والإجاره مع اتفاقهما فى العوض كما فى المثال المتقدم يقدّم قول المالك فى عدم البيع، ومع عدم اتفاقهما فى العوض يكون الحكم هو التحالف، أمّا فى مسأله الاختلاف فى الأُجره بعد اتفاقهما على الإجاره فالقول قول من يدعى الأقل، فمدعى الزياده عليه البيّنه ومع عدمها يحلف الآخر على عدم الزياده، كانت الخصومه قبل استيفاء المنفعه أم بعده؛ وذلك لأصاله براءه ذمه المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصاله عدم جريان الاجاره على الأكثر. ولايعارض بالاستصحاب فى ناحيه عدم جريان الإجاره على الأقل، حيث إنّ اشتغال ذمه المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب وبالاضافه إلى وقوع الاجاره على الاكثر من الأصل المثبت، وممّا ذكر يعلم الحال فى مسألتى دوران القرض والمقدار فى الإبراء بين الأقل والأكثر.

لو ادّعی استئجار دار فقال الموجر بل آجرتک بیتاً منها، قال الشیخ یقرع بینهما[۱] وقیل القول قول الموجر، والأوّل اشبه، لأنّ کلاً منهما مدعٍ ولو اقام کلّ منهما بینه، تحقق التعارض مع اتّفاق التاریخ، ومع التفاوت یحکم للأقدم، لکن إن کان الأقدم بیّنه البیت حکم بإجاره البیت بأجرته، وبإجاره بقیه الدار بالنسبه من الأجره.

الشَرح:

[۱] لو ادعی استئجار دار فقال مالکها آجرتک بیتاً منهایحلف المالک علی عدم اجاره الدار فتسقط دعوی المستأجر؛ لأنّ أصاله عدم اجاره الدار بتمامهاتوافق قول مالکها، ولاتجری أصاله عدم جریانها علی البیت؛ فإنّها لا تثبت جریانها علی الدار.

والمتحصل: أنّه لا فرق بین الاختلاف فی مقدار الأجره والاختلاف فی مقدار العین المستأجره أو الاختلاف فی المده المستأجر فیها، ففی جمیع موارد التردّد والخلاف بین الأقل والأکثر یقدم من یقول بالأقل، ویحلف علی نفی الزیاده، إلاّ أن تکون المدعی الأکثر بینه غیر مبتلاه بالمعارض.

وإذاکان الاختلاف فی الأُجره أو فی العین المستأجره أو فی المده من الاختلاف فی المتباینین یکون المورد من موارد التداعی فیتحالفان، فیحکم بالانفساخ کما إذا قال المؤجر آجرتک البیت الشرقیه، وقال المستأجر: استأجرت الغربیه؛ لأنّ المستأجر یدعی ملکیه منفعه البیت الغربیه والمؤجر ینکرها والمالک یدعی استحقاقه الأجره بدفع البیت الشرقیه وینکره المستأجر.

بقی الکلام فیما ذکره الماتن قدس سره فی صوره اختلافهما فی مقدار العین المستأجره، کما إذا شهدت احدی البینتین أنّ المالک آجر البیت سنه بکذا أی بعشره مثلاً، وشهدت بینه أُخری بأنّه آجر الدار سنه بعشره، فإن اتّحد تاریخ عقد الاجاره فی شهادتهما تعارضتا، ومع اختلافهما فی تاریخ عقد الإجاره فإن کان التاریخ فی بیّنه اجاره البیت أقدم یحکم بکون البیت مستأجره سنه بعشره، ویحکم أیضاً باجاره بقیه الدار بجزء من

....

الشَرح:

العشـره، بحيث يكون مساوياً بنسبه اجره المثل لإجاره الدار، مثلًا إذا كانت اجره المثل للبيت نصف اجره المثل للدارتصحّ اجاره بقيه الدار بنصف العشره، فتكون تمام منفعه الدار للمستأجر فى السنه بازاء خمسه عشر.

وذلـك لامكـان وقوع كـل من الاجارتين بين المؤجر والمسـتأجر وان لم يـدعيا، بأن وقعت الاجاره على البيت أوّلاً بالعشـره، ثمّ تجرى الاجاره على الـدار، وبما أنّ الاجاره الثانيه باطله بالاضافه إلى البيت لاتفاقهما على عـدم اقالتها به فيبطل نصف الأُجره من اجاره الدار، ويبقى نصفها، وهومع اجره البيت المستأجر أوّلاً خمسه عشر.

أقول: لايمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشـره، إمّا بإزاء سـكنى البيت أو بإزاء سـكنى الدار. بل لا يمكن ذلك حتى مع احتمال تعدد العقد مع اعتراف المالك بأنّه لايسـتحق على المستأجر أزيد من العشره، وإلاّ لأمكن أن يقال بالعمل بالبيّنتين معاً فيما إذا قال المالك آجرتك الدار الشـرقيه بعشره وقال المستأجر آجرتنى الدار الغربيه بعشره وأقام كل واحد منهما بينه.

وبـالجمله: البيّنتـان فى مثـل المفروض متعارضـتان، والترجيـح بالأـكثريه والاـقراع مـع عـدمه مبنى على دعـوى عموم مـا ورد فى تعارض البيّنات بالاضافه إلى جميع موارد المخاصـمات، أمّا بناءً على اختصاصها بموارد تردّد الحق بين الشخصين المتنازعين فيه وعـدم شـمولهما لمثل ما إذا تردّد العقـد بين عقـدين وتنازعهما فيه فيؤخذ فى المقام بقواعد القضاء، ومقتضاها فى الفرض توجه اليمين على مالك الـدار لمطابقه قوله مع استصـحاب عدم جريان العقد على الدار ومع اقامتهما البينه لا تكون للمسـتأجر المدعى بينه مثبته لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لا يقال: لا يكون المثال من موارد الدعوى والإنكار، بل من موارد التداعى،

لو ادّعى كلّ منهما أنّه اشترى داراً معينه، وأقبض الثمن وهى فى يد البائع، قُضى بالقرعه[۱] مع تساوى البيّنتين عدالةً وعدداً وتاريخاً و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدحم البيّنتان فيه.

الشَرح:

والحكم فيه التحالف، لأنّ أصاله عدم جريان الإجاره على الدارتعارضها أصاله عدم جريانها على البيت بعشره.

و بتعبير آخر: كما أنّ المستأجر يدعى أنّ حقه سكنى الدار بدفعه العشره إلى مالكها، والاستصحاب فى عدم جريان الاجاره على الدارينفى هذا الحق له، كذلك مالك الدار يدعى أنّ حقه العشره بتسليم البيت والاستصحاب فى ناحيه عدم جريان الاجاره على البيت بعشره ينفى هذا الحق ، فإنّه يقال: إنّ على المالك تسليم البيت وتملّكه العشره على المستأجر المتفق عليها بينهم، والمستأجر يدعى لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقى الدار.

والحاصل: أنّ للمالك المطالبه بما له على ما هو مقتضى سلطنته على أمواله، إلاّ أن يتملّكه بإزاء ما لم يدفعه إلى صاحبه، والاستصحاب فى عدم جريان الاجاره على غير البيت من باقى الدارينفى تملكه العشره بازاء سكنى الدار، وهذا بخلاف المستأجر فإنّ المعلوم من تملّكه بإزاء العشره هو سكنى البيت، والاستصحاب المزبور ينفى تملّكه سكنى باقى الدار.

[۱] لو ادعى كل من الاثنين على من بيده العين أنّه قد باعها منه وقبض ثمنها فتاره يفرض عدم البينه لهما، ولا لأحد هما، وأُخرى تكون البينه لكل منهما، وثالثه لأحدهما خاصه، وعلى كل الفروض يكون المدعى عليه من بيده العين وهو البائع، وفى الفرض الأوّل فإن أنكر بيعها من واحد منهما وقبض الثمن يحلف على النفى لكل منهما، وإن

....

الشَرح:

اعترف لواحد منهما يؤخذ باقراره ويحكم بأنّ العين له ويحلف للآخر على النفى.

وربّما يقال: أنّ مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناءً على أنّ اقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه.

وفيه: أنّه لاوجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أقلنا بأنّ اقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنّه على فرض القول بالانحلال بالاقرار فالمدعى الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، وعلى فرض عدم الانحلال يطالبه ببدل ما أتلفه عليه من العين المبيعه منه.

نعم لو أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ بالاقرار أو باليمين المردوده فلايبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقّه إليه على ما تقدّم.

وإن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذواليد لكل منهما على نفى بيع تمام العين من كل منهما وإذا كانت لأحد المدعيين بينه دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأنّ العين لصاحب البينه لثبوت دعواه حتى ما لو أقر ذو اليد بأنّه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البينه القائمه تثبت انّ اقراه بالبيع من الآخر ليس من اقرار اليد المالكه لتسمع بالاضافه إلى بيعها من الآخر. نعم على ذى اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنّه أخذ منه ما اثبتت البينه كونه للغير.

أمّا إذا كانت لكل منهما بينه، كما هو ظاهر فرض الماتن قدس سره فإن كان مدلول كل من البينتين بحيث ينفى مدلول الأخر فتدخلان فى المتعارضتين، وقد تقدم سابقاً أنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تكون ملاكاً للقضاء، ولاتفيد المدعى فتصل النوبه إلى حلف ذى اليد.

وبتعبير آخر: الحكم فى هذا الفرض كالحكم فى الفرض الأوّل بلافرق بينهما.

ودعوى الرجوع إلى المرجح ومع عدمه إلى الاقراع ليحلف صاحب البينه

....

الشَرح:

الراجحه أو المخرج قرعته لا ـ يمكن المساعده عليها، فإنّ ما ورد فى الترجيح أو الاقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مردّد بين المتنازعين يعنى صاحب البيّنتين والمفروض فى المقام أنّ من بيده العين ينفى كون الحق لغيره.

وكذا لا ـ يمكن المساعده على ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعى الآخر؛ لأنّه لا تعارض بين البينتين بالاضافه إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما فى أخذه.

والوجه فى عدم المساعده أنّ المشهود به لكن من البينتين الأخذ بعد البيع، وإذا فرض تعارضهما فى بيعها من كل منهما فكيف لاتتعارض فى القبض المتفرع على البيع من كل منهما.

نعم إذا لم يكن بين البينتين تعارض، كما إذا شهدت إحدى البيّنتين أنّه قد باع العين من زيد فى أوّل هذا الشهر، وشهدت الأُخرى أنّه قد باعها فى نصف هذا الشهر من عمرو، ولاندرى أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففى هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد وانّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، والوجه فى ذلك ظاهر بعد الإحاطه بما تقدم.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا فرض ثبوت البيعين فيما لم تكن لكل من المدعيين بينه، أو كانت البينه لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفى البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردوده بردّه أو بردّ الحاكم، فهل يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه لوقوع المخاصمه والحكم فى زمان واحد ويرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذى ادعى اقباضه إيّاه. أو أنّه يقرع فيمن له اليمين المردوده حيث إنّ العين الواحده لا ـ يمكن أن تكون ملكاً لكل من الإثنين بتمامها ولا يدخل الفرض فى مدلول معتبره اسحاق بن عمّار أو معتبره غياث بن إبراهيم

ص :۳۸۲

ولو نكلاـ عن اليمين قسّـمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن، و هل لهما أن يفسـخا؟ الأقرب نعم لتبعّض المبيع قبل قبضـه ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم وفى لزوم ذلك له تردّد اقربه اللزوم.

ولو ادّعى اثنان أنّ ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع[١] واقام كلّ منهما بيّنه، فإن الشَرح:

ولا فى الأخبار الوارده فى الإقراع عنـد الاختلاف البينتين ويشـهد لخروج الفرض عن مواردها أنّه لو لم يحلف المـدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقى العين بيـد من ينفى بيعها منهما كما لا يخفى لايبعـد الإلتزام بالثانى، وأنّه إذا حلف احـدهما باليمين المردوده تنصرف الخصومه عن مدعى الآخر إليه.

ثمّ إنّه بنـاءً على تنصيـف العين بينهما وردّ نصف الثمن المـدعى على كل من المـدعيين يجوز لكل منهما فسـخ البيع الـذى أثبته باليمين المردوده لتبعّض الصفقه عليه ولو فى مقام التسليم، وإذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلك، لأنّ الخيار الثابت ليس لتبعّض الصفقه عليه فى مقام المعامله لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلاً؛ فيكون الخيار الثابت لتبعّض الصفقه عليه فى مقام التسليم أى عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، ومع فسخ أحدهما أوّلاً يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكروه ، فلاحاجه إلى التطويل.

[١] لو كانت عين فى يـد ثالث وادعى كل من الاثنين انّه قد باع تلك العين منه ولـم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تنافٍ و تعـارض، كمـا إذا كـان المحتمـل أنّ الثـالث اشتراهـا من احـدهما أوّلاًـ ثمّ انتقلت إلى المـدعى الآـخر بهبه أو بيـع أو غيرهما فاشتراها منه ثانياً، ولو لـم يكن فى هذا الفرض للمدعيين بينه ولا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

اعترف لأحدهما، قُضى له عليه بالثمن وكذا إن اعترف لهما، قُضى عليه بالثمنين، ولو انكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً، لمكان الاحتمال ولو كان التاريخ واحداً تحقّق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد فى الوقت الواحد لإثنين ولا يمكن ايقاع عقدين فى الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه اُحلف وقضى له، ولو امتنعا من اليمين قُسّم الثمن بينهما.

ولو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن، وادّعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن ايضاً، وأقاما بينتين متساويتين فى العداله والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق[١] الشَرح:

وإن أقام أحدهما بينه يحكم له بأنّه يستحق الثمن المدعى به، و يحلف على النفى للآخر، و إن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر، وإن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضاً الثمن الذييدعيه. وبهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بيّنه، بحيث لا تنافى بينه الآخر، كما تقدم فى توجيه دعواهما.

وأمّا إذا كان بين الدعويين تنافٍ، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصياً خارجياً أو كان كلياً ولكن لايمكن عاده وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ فى كل من الدعويين للبيع واحداً وكذا فى البينتين على تقديرهما، ويجرى فى هذه الصوره ما تقدم فى المسأله السابقه، فلو أقام أحدهما بينه على مدعاه تثبت دعواه ويحكم بأنّه يستحق الثمن المدعى به فإن اعترف ذواليد بأنّه اشتراها عن الآخر لا يسمع، لأنّ الثمن المعيّن ببيّنه الأخر ملك ذلك الآخر فلايسمع اقرار غيره فيه وكذا فيما إذا كان الثمن كلياً فإنّ ذلك الكلى بالبيّنه ملك الغير فلا يسمع الاقرار فيه أيضاً.

و بالجمله: يظهر كل ما فى الفرض عمّا تقدم فى الاختلاف على ثالث أنّه باع و قبض الثمن.

[١] لو ادعى أحد على زيد أنّه قد باع العين الفلانيه منه وقبض ثمنها، وادعى آخر

فحينئذ يقضى بالقرعه، ويحلف من خرج اسمه و يقضى له ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن، ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

الشَرح:

على عمرو أنّه قد باع تلك العين منه وقبض ثمنها، والحاصل يدعى كل من الاثنين أنّه يملك بشرائها من بائعها ودفع ثمنها إليه ففى المقام صور:

الأولى: أن تكون العين بيد زيد وعمرو أو بيد خامس يعترف بأنّ العين لزيد وعمرو أو يقول: لا أدرى لأيّهما، ففى هذه الصوره إن أقام كل من الاثنين بينه بشرائها من بائعها و تساوى البينتان فى العداله والعدد والتاريخ يتحقق التعارض بين البينتين.

فعلى ما ذكره الماتن قدس سره يقرع بين البينتين و من خرج اسمه يحلف ويقضى بأنّ العين له ويرجع الآخر إلى بائعه ويأخذ ما دفع إليه من الثمن، ولو لم يحلف من خرج اسمه ولا المدعى الآخر قُسمت العين بينهما بالمناصفه، ويرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أنّ لكل من الإثنين فسخ البيع الواقع بينه وبين البائع منه لتبعضّ الصفقه عليه و لو فى مقام القبض، وإذا فسخ أحدهما فليس للآخر الأخذ بتمام العين فى مفروض الكلام، حيث إنّه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملك البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملك البائع ممّن فسخ الشراء.

أقول: بناءً على الرجوع إلى القرعه فى المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنين و حلف على أنّه شرى العين من بائعها المالك فيرجع الآخر منهما إلى بائعها بتمام الثمن حتى مع اعترافه بأنّ البائع منه كان هو مالكها وذلك لتلف المبيع منه قبل قبضه، أمّا إذا لم يحلف هو يعنى من خرج اسمه بالقرعه و حلف الآخر ففى جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذى دفعه إليه اشكال؛ لأنّ تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التى اشتراها، وهذا لا يوجب انحلال البيع منه، كما أنّه لو نكلا، ففى

....

الشَرح:

رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل؛ لأنّه يجرى على كل منهما أنّه المتلف لنصف المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناءً على عدم الاقراع والحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثنين أو مع نكولهما يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن فى صوره حلفهما خاصه؛ لعدم استناد تلف نصف المبيع إليهما، بخلاف صوره نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، وكذا فيما إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، فإنّ الناكل لا يرجع إلى بائعه مع اعترافه بأنّ بائعه كان المالك للمبيع، اللّهمّ إلاّ أن يقال: أنّ النكول من الحلف لا يعد اتلافاً ولذايثبت لكل من الاثنين الخيار فى فسخ شراءه؛ لأنّ ابتلاء واقعه المبيع بالخصومه والاختلاف عيب، فيجوز للمشترى فسخ الشراء، إذا لم يكن عالماً بالحال قبل الشراء.

الصوره الثانيه: ما إذا كانت العين بيد المدعيين أو بيد من يقرّ أنّهما لهما ففى هذه الصوره مع البينه لكل منهما يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه مع حلفهما أو مع نكولهما، ومع نكول أحدهما وحلف الآخر يحكم بأنّ العين للحالف، وذلك لدخول هذه الصوره كالصوره السابقه فى مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم، ثمّ مع حلفهما أو نكولهما ففى رجوعهما فى نصف الثمن إلى بائعهما، وكذا فى رجوع الناكل مع حلف الآخر فى تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه فى الصوره السابقه.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعيين فإنّه يحكم بأنّها له مع حلفه، بلافرق بين اقامتها البينه أو لم يكن فى البين بينه أصلًا، نعم إذا كانت لهما بيّنه فيرجع المدعى الآخر إلى بائعه بتمام الثمن، ومع عدم البينه يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، وإذا ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلا فرق بين أن يكون ثبوتها باقرار البائع أو باليمين المردوده، وكذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد

ولو ادّعى عبدٌ أنّ مولاه أعتقه [١] وادّعى آخر، أنّ مولاه باعه منه وأقاما البينه، قضى لأسبق البينتين تاريخاً، فإن اتّفقتا قضى بالقرعه مع اليمين، ولو امتنعا عن اليمين قيل يكون الشَرح:

البائعين واعترف بالبيع ممّن يدّعى الشراء منه، سواء أكان لكل من المدعيين بينه أم لم يكن لهما أو لأحدهما بينه.

نعم إذا كانت البينه لغير المقرّ له خاصه يحكم بأنّ العين لصاحب البينه، ولايفيد اقرار ذى اليد للآخر؛ لأنّ البينه قد أثبتت أنّ من بيده العين لم يكن مالكاً لها فلا يفيد اقراره، فعلى المقرّ له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه واقراره.

[١] لو ادعى عبد أنّ مولاه أعتقه فهو حرّ، وقال آخر أنّ مولاه باعه منه فهو مملوك له، ولم تكن لأحدهما بينه، فإن كذّبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفى دعواهما بأنّه رقّ لمولاه، ولو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باعترافه، ويحكم بثبوت تلك الدعوى، وعليه الحلف للآخر على نفى دعواه.

والمحكى عن المبسوط أنّه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعواه من غير حاجه إلى الحلف للآخر، فإنّه لو اعترف لمدعى الشراء يكون العبد مملوكاً له، فلا يسمع اقراره ثانياً بأنّه أعتق العبد، فإنّه اقرار على الغير لا على النفس.

وبتعبير آخر: لا يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنّه لو اعترف للعبد بالعتق أوّلاً فلايفيد الاعتراف بالبيع ثانياً، لأنّ مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحلاً لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنّه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى؛ لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من اتلاف المبيع قبل القبض، وهذا لايوجب انحلال البيع، فيكون على المولى باقراره بالبيع ثانياً بدل العبد أى قيمته. نعم

نصـفه حرّاً، ونصـفه رقّا لمـدعى الابتياع ويرجع بنصف الثمن ولو فسخ عتق كلّه وهل يقوّم على بايعه؟ الأقرب نعم، لشـهاده البينه بمباشره عتقه.

الشَرح:

للمشترى فسـخ البيع المـدعى به لعـدم حصول القبض، و على ذلك يكون على المولى مع عـدم اقراره بالبيع ثانياً الحلف لمدعى الشراء نعم لاحاجه إلى الحلف للعبد بعد اعترافه بالبيع لمدعى الشراء؛ لأنّ اعترافه بالعتق ثانياً لا يفيد شيئاً ولامورد للغرم.

و قـد يقـال اعترافه بعتق العبـد ثانياً أثره كون العبـد حرّاً لو انتقل إلى المولى المقرّ إلى المولى المقرّ له بالعتق، فإنّ سـماع الاقرار بالعتق ثانياً كسماع الاقراربالنسب فى بعض فروض دعواه، كما أنّ عدم ترتب الأثر الفعلى فى بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن سماع دعواه كذلك دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد اقراره بالعتق أن يشترى العبد ممّن أقر له أوّلاً لينعتق.

ولكن مـا ذكره لاـ يمكن المساعـده عليه، ولكن القول بـأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبـد بعتقه للأثر التعليقى لابأس به، أخذاً بعموم ما ورد فى البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمـدعى العتق أو المدعى الشـراء بينه، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآـخر على نفى دعواه، أمّـا إذا أقـام كـل منهما بينه فمع تساويهما يقرع بينهما ومن خرج اسـمه بالقرعه يحلف فتثبت دعواه، ولو نكل حلف الآخر.

وربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبـد نصـفه حرّ ونصـفه رقّ لمـدعى الابتياع، ويثبت له خيار الفسـخ لتبعّض الصـفقه عليه فإن فسـخ يرجع على البـائع بتمـام الثمن وإلاّـ فبنصـفه، كمـا أنّه مع الفسـخ ينعتق العبـد كلّه لزوال المزاحم لبينه العتق، وربّما يقال فى فرض عدم الفسخ أيضاً بتقويم العبد فى نصفه على المولى، ويدفع إلى المشترى

موارد سقوط البيّنه

مسائل:

الاولى: لو شهد للمدعى، أن الدابه ملكه منذ مده، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو اكثر، سقطت البينه [١] لتحقق كذبها.

الشَرح:

فينعتق لحصول شرط السرايه بعتق نصفه الثابت بالبينه.

وفيه: أنّه لا ـ موجب للتنصيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفى دعوى كل منهما مع عدم البينه كما تقدم وتسقط دعواهما بنكولهما مع البينه لكل منهما مطلقاً أو مع حلف المولى لهما على النفى، بدعوى أنّ حلفهما مع البينه نظير حلف المدعى إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبه إلى حلف المدعى عليه.

وبالجمله: فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث، غايه الأمر تبقى دعوى دخوله فى الأخبار الوارده فى الاقراع عند تعارض البينتين، ولايستفاد من تلك الأخبار إلّا ثبوت دعوى من أخرجته القرعه مع حلفه، وإلّا فيحلف الأخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالاضافه إلى النصف مع نكولهما فلايستفاد من شىء من تلك الأخبار فراجعها.

[١] لو ادعى على زيد بأنّ الدابه التى بيده ملكه، وشهدت له بينه بأنّ الدابه ملكه منذ عشر سنوات، ودلّت سنّ الدابه على أنّ لهاخمس سنوات، أو شهدت البينه على أنّ الدابه ولدت فى ملك المدعى قبل خمس سنوات، ودلّ سنّها على أنّ عمر الدابه عشر سنوات فتسقط البينه عن الاعتبار لتحقق كذبها، فيحلف ذو اليد على نفى دعواه.

وقد يقال: يحكم بأنّ الدابه ملك المدعى؛ لأنّ سقوط البينه فى بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار فى تمام مدلولها.

وبتعبير آخر: شهاده البينه بأنّها ملكه فعلاً ـ لم يعلم كذبها، وإنّماسقطت عن الاعتبار بالاضافه إلى مبدء الملك فيكون نظير ما شهدت البينه بنجاسه كل من الانائين ولكن

الثانيه: لو ادّعى دابه فى يد زيد و اقام بينه انّه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البينه بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشترى، أو بالتسلم قضى للمدعى[۱] فإن شهدت البيّنه الشَرح:

علم طهاره أحدهما المعين فإنّه يؤخذ بها فى نجاسه الآخر.

ولكن لا يخفى أنّ عدم سقوط البينه عن الاعتبار فى تمام مدلولها مع سقوطها فى بعضها يختص بما إذا كان مدلولها من ذكر المحمولين لموضوعين أو محمولين لموضوع واحد، أمّا إذا كان المحمول يسقطها عن الاعتبار، كما إذا شهد العدلان بنجاسه مائع من يوم السبت، وعلمنا أنّه كان طاهراً فى السبت فلا يحكم بنجاسه المائع فعلاً، بل يرجع فيه إلى أصاله الطهاره، وما نحن فيه من هذا القبيل.

والحاصل: لا عبره بالمدلول الانحلالى فى تبعيض اعتبار الأماره فيما إذا كان من ذكر الحكم الواحد المستمر لموضوع.

و ربّما احتمل فى عباره المصنّف قدس سره أن يكون (أكثر) عطفاً على (قطعاً) لا على أقل بأن يدلّ سن الدابه على الأقل جزماً أو بالأكثريه، يعنى الغلبه، فيكون الحاصل سقوط البينه عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبه بكذبها. ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ هذا لايناسب تعليل عدم الاعتبار بتحقق كذبها والظن بالخلاف لا يوجب سقوطها ولاسقوط غيرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإنّ الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

[۱] لو كانت عين فى يد زيد، دابهٌ كانت أو غيرها، وادعى مدعٍ أنّ العين المزبوره ملكه فعلاً لأنّه اشتراها من عمرو، وأقام بينه تشهد بالشراء المزبور فذكر جماعه كالمصنف قدس سره أنّه لو كانت شهاده البينه بأنّه اشتراها من عمرو وصارت ملكه أو بأنّ عمرواً باعها منه وهومالك لها أو أنّه باعها منه و سلّمها إليه يحكم على العين بأنّها ملك للمدعى لشهاده البينه على أنّها ملك له فعلاً.

بـالملكيّه بالشـراء لاـ غير، قيـل لا يحكم لأنّ ذلك قـد يفعل فيما ليس بملك، فلا تـدفع اليـد المعلومه بالمظنونه، وهو قوى وقيل يقضى له، لأنّ الشراء دلاله على التصرف السابق الدال على الملكيه.

الثالثه: الصـغير المجهول النسب، إذا كان فى يد واحد وادعى رقيته، قضـى له بذلك ظاهراً[١] وكـذا لو كان فى يد اثنين وامّا لو كان كبيراً وأنكر، فالقول قوله لأنّ الأصل

الشَرح:

أمّـا لـو كـانت شـهاده الـبينه بمجرّد الشـراء من عمرو من غير شـهاده بكون العين للمـدعى أو بملكيه البـائع أو تسـليمه العين إلى المدعى فلا تكون البينه ملاكاً للقضاء، بل يحلف ذواليد على نفى دعواه؛ لأنّ اليد الحاليه فى العين من زيد يجعله منكراً، ومجرّد الشراء من عمرو لايدلّ على شيء؛ لأنّ الشراء قد يقع بغير الملك من بائع فضولاً.

أقول: لافرق بين الصورتين فإنّ الشـهاده بالشـراء المحمول على الشـراء الصحيح مساوقه لقول البينه، وهى لبائعها أو نحوه، نعم لو قـال الشـهود بأنّا نشـهد بجريـان ايجـاب البيع وقبوله، ولاـ نشـهد بـأمر آخر فلاتسـمع؛ لأـنّ مجرّد الإيجـاب والقبول لا يكون بيعاً ولاشراءً.

ثمّ إنّه إذا لم تسـمع بينه المـدعى ولكن اعترف ذواليد وهو زيد بأنّه قد تملّكها من المدّعى انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقاً أنّ بذلك تسقط اليد الفعليه عن الاعتبار.

[١] ذكروا الصـغير المجهول نسـبه يمكن كونه ملكاً لـذى اليد، فلو ادعاه بأن قال: رق، يسـمع قوله، ويحكم بكونه ملكاً له، وكذا إذا كان فى يـد اثنين وقالوا إنّ هـذا فى دعوى الرقيه فى الصـغير المجهول النسب، أمّا إذا كان مدركاً فلا تسـمع دعوى الرقيه إلاّ بالبينه أو اعترافه بأنّه رقّ؛ لأنّ الأصل فى الانسان هوالحريّه.

وبتعبير آخر: التزموا بتقديم دعوى الرقيه مع اليد على أصاله الحريه فى الصـغير، وبتقديم أصاله الحريه على دعوى الرقيه حتى مع اليد فى الكبير.

الحريه، ولو ادّعى اثنان رقيته فاعترف لهما، قضى عليه وإن اعترف لأحدهما، كان مملوكاً له دون الآخر.

الشَرح: وقد نوقش فى الصغير بأنّه يظهر من حسنه حمران بن أعين خلاف ذلك «قال: سألت أبا جعفر قدس سره عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه ادّعى الرجل أنّها مملوكه له وادعت المرأه أنّها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السلام قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالرق، وهو مدرك، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنّه يدفع إليه ويكون له رقّاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنّها مملوكه له بيّنه على ما ادعى فإن أحضر شهوداً يشهدون أنّها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أنّ الجاريه ابنتهاحره مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت فإن لم يقم الرجل شهوداً إنّها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنّها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقم الرجل البينه على ما ادعى ولم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت».(۱)

ولكن يمكن الجواب عن المناقشه أنّ هذا فيما إذا كان منازع لذى اليد المدعى بالرقيه والمملوكيه له، فتقديم أصاله الحريه فى مفروض الروايه لا يقتضى كون الحكم كذلك مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعى النسب بينه تسمع، سواء أكان لمدعى الرقيه بينه أم لا، ومع المنازع لو كان لمدعى الرقيه بينه يحكم بالرقيه لو لم تكن بينه لمدعى النسب كما هو ظاهر الحسنه.

ص: ۳۹۲

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۹:۱۸۴.

الرابعه: لو ادّعى كلّ واحد منهما ان الذبيحه له، وفى يد كلّ واحد بعضها[۱] وأقام كل واحد منهما بينه، قيل يقضى لكلّ واحد بما فى يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا وكذا لو كان فى يد كلّ واحد شاه وادّعى كلّ منهما الجميع، واقاما بينةً قضى لكلّ منهما بما فى يد الآخر.

الشَرح: كما أنّه قد نوقش فى الأمر الثانى بما ورد فى جواز شراء ما يباع فى السوق وغيره، و ان ادّعى أنّه حرّ، وفى صحيحه العيص بن القاسم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: سألته عن مملوك ادّعى أنّه حرّ ولم يأت ببينه على ذلك اشتريه؟ قال: نعم»(۱)، وفى صحيحه حمزه بن حمران: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : أدخل السوق وأُريد أشترى جاريه فتقول: أنى حرّه، قال: اشتراها إلاّ أن يكون لها بينه».(۲) وقيل بأنّ ظاهرهما تقديم اليد على أصاله الحريّه حتى فى المدرك والبالغه.

ولكن لا يبعد حملهما على صوره دعوى الحريه بالتحرير، فإنّ مع اليد لاتثبت هذه الدعوى إلاّ بالبينه، بل ظاهر صحيحه العيص هو دعوى التحرير.

وبالجمله: فمقتضى الجمع بين ما ورد فيأنّ الناس كلّهم أحرار إلاّ من أقرّ على نفسه بالعبوديّه وهو مدرك من عبد أو أمه ومن شهد عليه بالرق صغيراً أو كبيراً و مثل صحيحه العيص وحمزه بن حمران هو حملهما على صوره دعوى التحرير.

[۱] لو كان بعض العين بيد واحد وبعضها الآخر بيد الآخر، وادعى كل منهما أنّه يملك العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحه بيد زيد وبعضها بيد عمرو، وأقام كل منهما البينه بأنّ تمامها له يحكم بأنّ ما بيد زيد ملك عمرو وما بيد عمرو ملك لزيد بناءً على المنسوب إلى المشهور من تقديم بينه الخارج أى المدعى على بيّنه الداخل، يعنى بينه ذى اليد، ولا يقاس ذلك بما إذا كانت العين بيد الإثنين بحيث يكون لكل منهما تمام

الخامسه: لو ادّعى شاه فى يـد عمرو، واقام بينه فتسلّمها، ثمّ اقام الـذى كانت فى يده بيّنه أنّها له، قال الشـيخ ينقض الحكم وتعاد وهو بناءً على القضاء لصاحب اليد مع التعارض، والأولى أنّه لا ينقض[١].

الشَرح:

العين خارجاً ولكن لاـ استقلالاً، فإنّ الحكم فيه بالمناصـفه مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقـدم. وبناءً على تقـديم بينه الداخل على بينه الخارج يحكم بكون كل منهما مالكاً لما بيده.

وممّا يترتب على القولين أنّه لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً يحكم بحليه ما بيد الكافر حيث إنّه ملك المسلم وبحرمه ما بيد المسلم فإنه ملك الكافر، هذا على القول بتقديم بينه الخارج، وأمّا بناءً على تقديم بينه الداخل يكون الحكم على العكس.

أقول: قـد تقـدم أنّ بينه المنكر وان لم تكن مـدركاً للقضـاء، إلاّـ أنّهـا توجب سـقوط بينه المـدعى عن الاعتبـار، وعليه فتعـارض البينتين فى الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفى دعواه، فتكون النتيجه أنّ ما بيـد كل منهما ملك لهما، وليس هذا مبنياً على تقـديم بينه الـداخل، كمـا لاـ يخفى، ويظهر ممّـا ذكرنـا مـا لو كان بيـد كل منهما شاه أو عين أُخرى، وادّعى كل منهما أنّه يملكهما أو يملك ما بيد الآخر وأقاما البينه على دعواهما.

[١] لو كـانت عين فى يـد زيـد و ادعاهـا عمرو وأقـام بينه على أنّها له يحكم بأنّها له لثبوت دعواه بالبينه، ثمّ بعـد ذلك أقام زيد البينه على أنّها له قيل، كما عن الشـيخ، بأنّه ينتقض الحكم السابق وتعاد العين إلى زيد، وهذا بناءً منه على تقديم بيّنه الداخل فى مقام المعارضه على ما ذكر الماتن رحمه اللّه قال أنّ الأولى أنّ الحكم لا ينتقض.

أقول: تقـديم بينه الـداخل على تقـديره يختص بمـا إذا كـانت اقامتهـا قبـل الحكم فى الواقعه، وأمّا الظفر بالبينه بعـد الحكم كما لايفيد المدعى فيما إذا وجدها بعد الحكم

السادسه: لو ادّعی داراً فی یـد زید، وادّعی عمرو نصـفها، واقاما البینه قضـی لمدعی الکلّ بالنصف، لعدم المزاحم[۱] وتعارضت البیّنتان فی النصف الآخر، فیقرع بینهما، ویقضـی لمن خرج اسـمه مع یمینه ولو امتنعا من الیمین، قضی بها بینهما بالسویه، فیکون لمدعی الکل ثلاثه الأرباع و لمدعی النصف الربع.

الشَرح:

کذلک فی بیّنه المنکر.

وبتعبیر آخر: البینه بعـد الحکم خـارجه عن موضوع الاعتبـار فی بـاب القضـاء، کمـا هو مقتضـی مـا دلّ علی نفوذه، نعم لو کـان مدلول البینه الملکیه الجدیده فیما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ینافی القضاء السابق.

[۱] ذکر قدس سره أنّه لو کانت عین فی ید زید، وادعی عمرو أنّ له نصفها، وادعی آخر بأنّ له کلّها، وأقام کل واحد منهما بینه بـدعواه، فمع تسـاوی البینتین یقرع بینهمـا، فمن خرج اسـمه یحلف ومع امتناعهما یحکم بأنّ ثلاثه أرباعها لمـدعی الکلّ و ربعها لمـدعی النصف؛ لأنّ البینه القـائمه بکون تمامهـا لمـدعی الکلّ لامعارض لها فی النصف، و تتعارض البیّنتان فی النصف الآخر، فیحکم بالقسمه بینهما بعد نکولهما.

أقول: قـد تقـدم أنّ الحکم فی المال المتنازع فیه الـذی لیس فی یـد المتنازعین ولا فی یـد أحـدهما، کما هو الفرض فی المقام، هوالحاکم بالتنصـیف سواء أحلفا أم نکلا، ولا موجب فیه للرجوع إلی القرعه سواء أتساوت البینتان فی عدد شهودهما أم اختلفا، کما هو المسـتفاد من معتبرتی اسحاق بن عمّار وغیاث بن إبراهیم المتقدمتین، کما أنّ مقتضاهما أنّه لو کانت العین المزبوره بید من یقـول بأنّهـا ملـک له یحکم بـأنّ العین له فیمـا إذا حلـف لمـدعی النصف، حیث إنّ بینه مـدعی النصف وإن کـانت من بینه الخارج، یعنی المدعی، إلاّ أنّه لا اعتباربها، لابتلائها بالمعارض، وهو بینه من بیده العین، فتصل النوبه إلی حلف المنکر، یعنی من بیده العین القائل بکون کلّها له ولو کانت بید مدعی

....

الشَرح:

النصف يحكم على العين بالمناصفه لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعى الكلّ.

وإذا كانت العين فى يدهما يكون يد كلّ منهما فى نصف العين مشاعاً وفى تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فيحسب مدعى الكلّ مدعياً بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينهما، وبما أنّ ذلك النصف بيد مدعى النصف فيحسب منكراً، و لابتلاء بينه المدعى بالمعارض يحلف لمدعى الكلّ على نفى دعواه، فيحكم له بنصف العين، ولكن ذكرالماتن قدس سره تبعاً لغيره أنّ العين كلّها لمدعى الكلّ وليس لمدعى النصف حظّ فيها، وذلك أنّ بينه مدعى الكلّ تحسب بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينه الخارج وبينه مدعى النصف بينه الداخل، وبما أنّه عند المعارضه تقدّم الأُولى، فيحكم بثبوت مدلولها يعنى دعوى مدعى الكلّ.

وعن ابن الجنيد أنّ الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، واتفقا على أنّ أحد الجزئين للواحد منهما واختلفا فى الجزء الآخر، ففى هذه الصوره يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثه أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما واتفقا على أنّ واحداً منهما بتمامه لأحدهما واختلفا فى الجزء الآخر، وفى الصحيح عن عبداللّه بن المغيره عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لى، وقال الآخر هما بينى وبينک فقال: أمّا الذى قال هما بينى وبينک فقد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له وأنّه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما».

وأمّا إذا كان مدعى النصف يدعيه بنحو الإشاعه فى تمام المال فيعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر فى ضرب سهام الغرماء فى مال المفلّس، فيجعل

ولو كانت يـدهما على الـدّار، وادعى احدهما الكل، والأخر النصف وأقام كلّ منهما بيّنه، كانت لمدعى الكل، ولم يكن لمدعى النصف شـى ء لأن بيّنه ذى اليـد بمـا فى يـده غير مقبوله، ولو ادّعى أحـدهم النصف والآخر الثلث، والثالث السـدس[١] وكانت يدهم عليها،

الشَرح:

فى المثال لمـدعى الكل ثلثيها ولمدعى النصف ثلثها، لأنّ سـهمه ثلث مجموع السـهام ، كما أنّ سـهم مدعى الكل ثلثى مجموع السهام. وذكر فى ذلك أنّ مدعى النصف يدعى النصف من كل جزء فرض من المال ولايدعى خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الاشاعه، فلايقاس الفرض بمسأله سهام الغرماء فى مال المفلّس، حيث إنّ تعلق الحق بمال الغير غير مسأله الاختلاف فى ملكيه المال.

وقوّى فى المختلف طريق العول فيمـا لو زاد المـدّعون على اثنين. وفى كشف اللثام فيما لو اسـتوعب غير مـدعى الجميع العين أو زادت عليها. ولكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينه للمدعى واليمين على المدعى عليه، مع عدم اقامتها و رفع اليد عمّا اسـتظهرناه من معتبرتى اسـحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم والحاق الدعاوى بمورد ثبوت اسـتحقاق كل واحد من الديان فى المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنّه لا يخرج عن القياس.

وعلى ذلـك لو كـانت العين فى يـد ثلاثه يـدعى أحـد هم نصـفها، والآخر ثلثها، وثالثهم سدسـها تكون يـد كل منهم على ثلثها والثانى منهم لايدعى شيئاً زائداً على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالاضافه إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عـدم اعتراف الثالث به له، ولو أقام كل واحـد منهم بينه بما ادعاه يكون الحكم كذلك لعدم المعارضه، وكذا فيما لو أقامها بعضهم.

[١] لو ادعى الأوّل كل العين والثانى نصفها والثالث ثلثها ولم تكن فى البين بينه

فيد كلّ واحد منهم على الثلث لكن صاحب الثلث لايدعى زياده على ما فى يده وصاحب السدس يفضل ما فى يده، ما لا يدعيه هو و لا مـدعى الثلث، فيكون لمـدعى النصف فيكمل له النصف وكـذا لو قامت لكلّ منهم بينه بـدعواه، ولو ادّعى احدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث، ولا بيّنه، قضـى لكلّ واحـد منهم بالثلث، لأنّ يـده عليه و على الثانى والثالث اليمين، لمدعى الكلّ وعليه وعلى مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف.

الشَرح:

فكـلّ منهم ذواليـد بالاضـافه إلى ثلث العين، ولايـدعى الثـالث شـيئاً لا على الأوّل ولاعلى الثانى، ولكن الأوّل يـدّعى على الثانى والثـالث بمـا فى يـدهما، كما أنّ الثانى يـدعى على الأوّل والثالث بنصف السـدس من كل منهما، فيحلف كل من الثانى والثالث للأوّل، كمـا أنّه يحلف كـل من الأـوّل والثـالث للثانى، فيحكم بالاشتراك فى العين أثلاثاً. وإذا أقام كل منهم بينه بـدعواه وقيل بترجيح بينه الداخل عند المعارضه أو قلنا بسقوط البيّنات عن الاعتبار يكون الحكم كماإذا لم تكن بيّنةً.

وأمّا إذا قيل بترجيح الخارج فبما أنّ يد كل منهم على أربع سهام من اثنى عشر سهماً يفرض فى العين فلايكون اعتبارلبينه مدعى الثلث؛ لأنّها بينه الـداخل، وأمّا الثانى فقد تقدم أنّه يدعى على كل من الأوّل والثالث بنصف السدس فتكون بينته معتبره بالاضافه إلى نصف السـدس الـذى بيـد مـدعى الكل فيبقى فى يـد مدعى الكل ثلاثه من أربعه، كما أنّ بينه مدعى الكل معتبره بالاضافه إلى تمام ما بيد الثانى، وفى ثلاثه ممّا فى يد الثالث؛ لأنّها بلامعارض، فيتمّ لمدعى الكل عشـره من الثانى عشر، ولمدعى النصف واحـداً ممّا بيـد مـدعى الكل، وتتعارض بيّنه مدعى الكل و بينه مدعى النصف فى الواحد من الأربعه الباقى فى يد الثالث، فيقرع بينهما، ومع نكولهما يقسّم بينهما بالمناصـفه، فيكون لمـدعى الكل عشـره ونصف، ولمـدعى النصف واحـد ونصف على ما ذكر الماتن قدس سره .

وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض ببينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه لأنّ لكل واحد بيّنه ويداً على الثلث وإن قضينا ببيّنه الخارج وهو الأصّح، كان لمدعى الكل مما فى يده، ثلاثه من اثنى عشره بغير منازع والأربعه التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها، وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه فى ذى اليد و ثلاثه مما فى يد مدعى الثلث، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف وواحد مما فى يد مدعى الثلث، يدعيه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له فإن امتنعا، قسّم بينهما نصفين، فيحصل لصاحب الكل عشره ونصف ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدعى الثلث.

ولو كانت فى يد أربعه[١] فادعى أحدهم الكل، والآخر الثلثين، والثالث النصف، والرابع الثلث، ففى يد كل واحد ربعها فان لم يكن بينه، قضينا لكلّ واحد بما فى يده وأحلفنا كُلًّا منهم لصاحبه.

الشَرح:

[١] ذكر قدس سره فى المقام صوراً ثلاث:

الأولى: ما إذا كانت دار فى يد أربع، يدعى أحدهم كلّها والثانى ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها، من غير أن تكون لواحد منهم بينه، وفى هذه الصوره ثبتت يد كل واحد منهم على ربع الدار، ويحكم لكل بما فى يده بعد حلف كل منهم على الآخرين.

الثانيه: ما إذا لم تكن الدار بيدهم ولايد واحد منهم ولكن أقام كل واحد منهم بينه على مدّعاه فقد ذكر قدس سره أنّ لمدعى الكل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنى أنّ السايرين لا يمنعون عن كون ثلث العين له وتختص المخاصمه بسدس العين، أى ما يزيد على النصف الذى يدعيه الثالث بين مدعى الكلّ ومدعى الثلثين، فيقرع بينهما فى ذلك السدس، ويحلف من خرج اسمه، فيحكم به له، وان نكلا يقتسمان، ثمّ تقع المخاصمه

....

الشَرح:

بين مـدعى الكل ومـدعى الثلثين ومـدعى النصف فى السدس الآخر، حيث لا يدعيه مدعى الثلث، فيقرع بينهم، ومن خرج اسـمه يحلـف ويأخـذه، ومع نكـولهم يقسـم مـا بيـن الثلاـثه ثـم تقـع المخاصـمه فى الثلث البـاقى من العين بين الأـربعه، فيقرع فيه بين المـدعيين الأـربعه، ومن خرج اسـمه يحلف ويأخـذه، ومع النكول يقسم بين الأـربعه ولابعـد فيأن يخرج فيالاقراعات اسم مـدعى الكلّ ويحلف ويأخذ كل العين فإنّ ما حكم اللّه سبحانه من القرعه غير مخطئ.

وإذا فرض نكول من خرج اسـمه فى الاقراعات كلّها يكون لمـدعى الكلّ ثلث العين ونصف سدسـها وربع ثلثها، فإنّ ثلثها لكون دعواه فيه بلاـ مزاحم ونصف سدسـها بـالنكول فى الإقراع الأوّل وثلث سدسـها بالنكول فى الاقراع الثانى و ربع ثلثها بالنكول فى الاقراع الأوّل وثلث سدسها بالنكول فى الاقراع الثانى وربع ثلثها بالنكول فى الاقراع الثالث، ويكون لمدعى الثلثين نصف سدسها فى الاـقراع الأـوّل وثلث سدسـها فى الاـقراع الثـانى وربع ثلثها فى الاقراع الثالث، وبحساب ذلك تتعين حصه مـدعى الثلث، فإذا فرض المخرج سـته وثلاـثون جزءاً يكون عشـرون منهـا لمـدعى الكـلّ والثمـانيه لمـدعى الثلثين وخمسه لمـدعى النصف وثلاثه لمدعى الثلث.

أقول: قـد تقـدم أنّه لاـ مورد للقرعه فى دعوى ملكيه العين، بـل الوظيفه فيهـا مع عـدم كون العين بيـدهم وإقـامه كـل منهم البينه بـدعواه تقسـيم مـا به الاختلاـف بينهم مع الحلف من جميعهم أو النكول من جميعهم، كمـا هو مقتضـى معتبره اسـحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت الدار فى أيدى الكلّ وأقام كل واحد البينه بدعواه، فعلى القول بتقديم بينه الداخل تكون العين بينهم على الأرباع؛ لأنّ لكل من الأربعه يداً فى

ولو كانت يـدهم خارجه، ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له ويبقى التعارض بين بيّنه مـدعى الكل ومـدعى الثلثين فى السـدس، فيقرع بينهمـا فيه ثم يقع التعارض بين بيّنه مـدّعى الكل و مـدّعى الثلثين ومـدّعى النصف فى السـدس أيضـاً فيقرع بينهم فيه ثم يقع التعـارض بين الأـربعه فى الثلث فيقرع بينهم ويخصّ به من تقع القرعه له ولا يقضـى لمن يخرج اسـمه إلاّ مع اليمين ولا يستعظم ان يحصل بالقرعه الكلّ لمدعى الكلّ فإنّ ما حكم اللّه به غير مخطئ.

الشَرح:

ربعها، فتقدم بيّنته مع اليد، بخلاف ما إذا قيل بتقديم بينه الخارج، كما هو المنسوب إلى الشـهره والمختار عند الماتن قدس سـره فإنّه بناءً عليه يكون اعتباربينه كل منهم فى غير ما فى يده.

فيكون مـا فى يـد مـدعى الثلثين المفروض كونه ثمانيه عشـر جزءاً من اثنين وسـبعين جزءاً يفرض لكل العين فى مورد الـدعاوى الأربعه، فمدعى الكل يدعى تمام ثمانيه عشر، ومدعى النصف يدعى سته منها، ومدعى الثلث يدعى اثنين منها، فتكون عشره من ثمانيه عشـر لمدعى الكل من غير أن ينازع فيه، مدعى النصف ومدعى الثلث فتعتبر بيّنه مدعى الكل فى تلك العشـره وفى السـته ممّا فى يدى مدعى الثلثين يقرع بين مدعى الكل ومدعى ا لنصف ومن خرج اسـمه يحلف ومع نكولهما يقسّم بينهما، ويقرع فى الاثنين ممّا بيـده بين مـدعى الكل ومـدعى الثلث فمن خرج اسـمه يحلف، ومع امتناعهما يقسم بين مـدعى الكل ومدعى الثلث، فمع الاقراع على ما بيد مدعى الثلثين والنكول يحصل لمدعى الكل منه أربعه عشـر و لمدعى النصف ثلاثه ولمدعى الثلث واحد صورته:

لمدعى الثلث ١ =٢ ٢ é لمدعى النصف ٣ = ٢ ۶ é لمدعى الكل ١۴ = ١+ ٣ + ١٠

ومايكون بيد مدعى النصف أيضاً المفروض كونه ثمانيه عشر يدعى مدعى الكلّ

ولو نكل الجميع عن الأيمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبه بالسويه فتصح القسمه من سته وثلاثين سهماً لمدعى الكل عشرون، ولمدعى الثلثين ثمانيه، ولمدعى النصف خمسه، ولمدعى الثلث ثلاثه، ولو كان المدعى فى يد الأربعه ففى يد كلّ واحد منهم ربعها فإذا أقام كلّ واحد منهم بينه بدعواه، قال الشيخ يقضى لكلّ واحد منهم بالربع لأنّ له بينه ويداً.

الشَرح:

تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى الثلث اثنين منهما، ويبقى منها لمدعى الكل سته بلامنازع لا يدعيها لامدعى الثلثين ولامدعى الثلث، ويقرع فى العشره بين مدعى الثلثين ومدعى الكل، ومع نكولهما يقسّم بينهما فيحصل لكل منهما خمسه، ويقرع فى الاثنين منها بين مدعى الكلّ ومدعى الثلث، ومع نكولهما يقسّم بينهما ويحصل لكل واحد واحد، وصورته:

لمدعى الثلث ١= ١ ٢ é لمدعى الثلثين ٥ = ٢ ١٠ é لمدعى الكل ١٢ = ١ + ٥ + ۶

ثمّ يقع التنازع والاقراع بين مدعى الكلّ ومدعى الثلثين ومدعى النصف فى الثمانيه عشر، التى فى يد مدعى الثلث، فيدعى مدعى الكل تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى النصف سته منها، فيبقى اثنان منها لمدعى الكلّ بلا مزاحم بالمعنى المتقدم، ويقرع بينه وبين مدعى الثلثين فى العشره، حيث يطلب مدعى الثلثين العشره من كل مدعى الكل و مدعى النصف ومدعى الثلث ممّا فى أيديهم ليكون له مع ثمانيه عشر التى بيده ثلثا العين، ومع نكولهما يقسّم بينهما، ثم يقرع بين مدعى الكلّ ومدعى النصف فى السته التى يطلبها مدعى النصف من كل من الآخرين ليتّم له بانضمام ثمانيه عشرالتى بيده نصف العين، ومع نكولهمايقسّم بينهما فيحصل ما صورته:

لمدعى النصف ٣ = ٢ .. ۶ لمدعى الثلثين ٥ = ٢ ١٠ é لمدعى الكل ١٠ = ٣ + ٥ + ٢

ثم تعتبر بيّنه مدعى الثلثين والنصف والثلث فى الثمانيه عشر التى بيد مدعى

والوجه القضاء ببينه الخارج على ما قررناه فيسقط اعتبار بينه كلّ واحد بالنظر إلى ما يده ويكون ثمرتها فيما يدعيه مما فى يد غيره، فيجتمع بين كل ثلاثه على ما فى يد الرابع وينتزع لهم ويقضى فيه بالقرعه واليمين ومع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين وهو ثمانيه عشر فمدعى الكل يدعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منهما سته ومدعى الثلث يدعى اثنين فيكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البينه بالجميع الذى يدخل فيه العشره ويبقى ما يدعيه صاحب النصف وهو سته، يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف ومع الامتناع يقسّم بينهما وما يدعيه صاحب الثلث وهو اثنان يُقرع عليه بين مدعى الكلّ وبينه فمن خرج اسمه اُحلف واُعطى ولو امتنعا، قسّم بينهما.

ثمّ تجتمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره و مدعى الثلث يدعى اثنين ويبقى فى يده سته لا يدعيها إلاّ مدعى الجميع فيكون له ويقارع الآخرين، ثم يحلف.

وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعاه ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانيه عشر. فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى سته يبقى اثنان لمدعى الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين.

فإن امتنعوا عن الأيمان، قسّم ذلك بين مدعى الكل، وبين كل واحد منهما بما ادعياه ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد الكل فمدعى الثلثين يدعى عشره، ومدعى النصف يدعى

الشَرح:

الكلّ، وهى كافيه لمدعى الثلثين، حيث يطلب منها عشره، ولمدعى النصف حيث يطلب منها سته، ولمدعى الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعه: لمدعى النصف ١٢ = ۶ + ٣ + ٣ لمدعى الثلثين ٢٠ = ١٠ + ۵ + ۵ لمدعى الكل ٣۶ = ١٠ + ١٢ + ١۴ لمدعى الثلث ۴ = ٢ + ١ + ١

سته و مدعی الثلث یدعی اثنین، فتتخلص یده عما کان فیها فیکمل لمدعی الکل سته وثلاثون من اصل اثنین وسبعین، ولمدعی الثلثین عشرون ولمدعی النصف إثنا عشر، ولمدعی الثلث أربعه هذا إن امتنع صاحب القرعه من الیمین منازعه.

السابعه: إذا تداعی الزوجان متاع البیت قضی لمن قامت له البیّنه[۱] ولو لم تکن

الشَرح:

[۱] إذا اختلف الزوجان فی متاع البیت وادعی کل منهما أنّه مالکه یقضـی به لمن أقام البینه بأنّه ملکه، وإذا لم تکن فی البین بینه فلکل منهما ید علی نصفه، ویحلف کل منهما علی نفی دعوی الآخر، فیحکم بینهما بالمناصفه، کما هو الحال فی فرض نکولهما وذکر فی المبسوط عدم الفرق بین کونه ممّا یختص بالرجال أو النساء أو یستوی فیه الرجال والنساء، وسواء أکان المتاع فی الدار المشترکه بینهما أم المختصه ملکیتها بأحـدهما، و سواء أکانت الزوجیه باقیه أم زائله، کما إذا اختلفا بعـد الطلاق، وکذا فیما کان الاختلاف بین أحـدهما و وارث الآخر، أو بین وارثیهمـا، ولکن ذکر فی الخلاف أنّ مایختصّ بالرجال فهو للرجل، فیحلف فیه للمرأه، ومـا یکون مختصّـاً بالنسـاء فهو للمرأه، فتحلف فیه للرجـل، ومـا یصـلح لکـل منهما فهو بینهما، بمعنی تقسیمه بینهما بعد حلف کل منهما للآخر أو نکولهما.

أقـول: ینبغی فرض المسأله فیمـا إذا لـم یعترف أحـدهما أنّه تملّکه من الآخر، بأن تـدعی المرأه التملک بتملیـک زوجهـا أو بالعکس، وإلاّ انقلبت الدعوی لما تقدم من عدم الاعتبار بالید مع الاعتراف بأنّ المال انتقل إلیه من خصمه.

وفی صحیحه رفاعه بن موسی النخاس عن أبی عبدالله علیه السلام «قال: إذا طلّق الرجل امرأته فادعت أنّ المتاع لها وادعی الرجل أنّ المتاع له کان له ما للرجال ولها ماللنساء»(۱)، هذه علی روایه الصدوق قدس سره وأمّا علی روایه الشیخ التی فی سندها ضعف

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۸ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۴: ۵۲۵، التهذیب ۶: ۲۹۴، الفقیه ۳: ۶۵.

بيّنه فيد كلّ واحد منهما على نصفه قال فى المبسوط يحلف كلّ منهما لصاحبه ويكون بينهما بالسويه سواء كان مما يخصّ الرجال أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كان الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجيه باقيه بينهما او زائله ويستوى فى ذلك تنازع الشَرح:

إذا طلّق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما».(۱)

وفى موثقه يونس بن يعقوب عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأه؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شىء منه فهو له».(۲)

ولا ينبغى التأمّل فى ظهورهما فى كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما وما يكون فى استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال.

ولكن فى مقابلها صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: سألنى هل يقضى ابن أبى ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه إلى أن قال: ثمّ سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنّك شهدته و إن كان رجع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأه، فقال: أرأيت إن أقامت بينه إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيها يعنى الجبلين ونحن يومئذٍ بمكه لأ خبروك أنّ الجهاز والمتاع يهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به وهذا المدعى فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينه»(۳)، وربّمايستظهر منها أنّ متاع البيت ولوكان صالحاً لاستعمال كل من المرأه والرجل يحكم بأنّه للمرأه.

ص: ۴۰۵

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱: ۵۲۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱: ۵۲۴.

الزوجین والوارث وقال فی الخلاف مایصلح للرجال للرجل ومایصلح للنساء للمرأه، ومایصلح لهما یقسّم بینهما، و فی روایه انّه للمرأه لأنّها تأتی بالمتاع من أهلها وما ذکره فی الخلاف، أشهر فی الروایات وأظهر بین الأصحاب.

ولو ادّعی أبوالمیّته، أنه أعارها بعض ما فی یدها من متاع أو غیره[۱] کلّف البیّنه کغیره من الأنساب، وفیه روایه بالفرق بین الأب وغیره ضعیفه.

الشَرح:

و ربّما یضاف إلیها موثقه سماعه «قال: سألته عن رجل یموت ما له من متاع البیت؟ قال: السیف والسلاح والرحل وثیاب جلده».(۱)

ولایبعد أن یقال: إنّ ظاهر هذه المتاع الذی یحکم بأنّه ملک الرجل خاصه، فلا ینافی الحکم بالشرکه فی غیرها. وأنّ صحیحه عبدالرحمان بن الحجاج ناظره إلی ما هو المتعارف فی بعض البلاد انّ المرأه تأتی متاع البیت من بیت أبیها بعنوان جهازها، وإذا حصلت التفرقه بینها و بین زوجها فی زمان قصیر من النکاح تدعی أنّ کل المتاع فی البیت جهازیّ ولم یحدث للزوج متاع آخر، ففی مثل ذلک یقدّم قول المرأه، وعلی تقدیر المعارضه فالحکم بالتقسیم فیما یصلح لاستعمالهما علی طبق القاعده فیؤخذ بها.

[۱] لو ادّعی أبو الزوجه المتوفاه أنّ بعض ما کان بید بنته من متاع البیت أو غیره کان عاریه عندها، وأنکر ذلک أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلی المشهور أنّ دعوی أبیها کدعوی غیر الأب من الأنساب أوالأجانب فتحتاج فی ثبوتها إلی البینه، وإلاّ فیحلف الزوج أو سائر الورثه علی نفیها أو لا تسمع أصلاً علی ما تقدم. وهذا فیما إذا لم یعترف الزوج أو سائر الورثه بأنّ العین کانت فی السابق ملک المدعی وإنّ الزوجه المتوفاه قد تملکته منه، وإلاّ انقلبت الدعوی علی ما تقدم أیضاً. ولکن ظاهر معتبره جعفربن عیسی سماع دعوی الأب بلاحاجه إلی البینه قال: «کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام : جعلت فداک،

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۸ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۲ : ۵۲۵ .

....

الشَرح:

المرأه تموت فيـدّعى أبوها أنّه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع والخدم أتقبل دعواه بلابينه أم لا تقبل دعواه إلّا ببينه؟ فكتب عليه السـلام : تجوز بلابينه، و قال كتبت إلى أبى الحسن يعنى على بن محمد عليه السـلام : جعلت فداك إن ادعى الزوج المرأه الميته أو أبو زوجهـا أو أُمّ زوجهـا فى متاعها أو فى خـدمها مثل الـذى ادّعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخـدم أيكون بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب عليه السلام لا».(1)

ولا وجه لرفع اليـد عن ظهورها حتى بالاضافه إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتمام سـندها؛ فإنّ جعفر بن عيسـى أخو محمد بن عيسـى اليقطينى فيه مـدح ومعروف، والراوى عنه محمّـد بن إسـماعيل البرمكى ثقه مسـتقيم كمـا عن النجاشـى، ولا يعارضـه المنقول عن ابن الغضائرى لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائرى، والراوى عن محمد بن اسماعيل محمد بن جعفر بن عون الأسدى الثقه مع أنّ للصدوق قدس سره إلى جعفر بن عيسى طريقاً آخر فإنّه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفربن عيسى.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱.

المقصد الثالث

فی دعوی المواریث

وفیه مسائل:

الاولی: لو مات مسلم عن ابنین فتصادقا علی تقدم اسلام أحدهما علی موت الأب، وادعی الآخر مثله فانکر اخوه، فالقول قول المتفق علی تقدم اسلامه، مع یمینه [۱]أنّه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه وکذا لو کانا مملوکین فأعتقا، واتفقا علی تقدم حریه احدهما واختلفا فی الآخر.

الشَرح:

[۱] لو اتفق اخوان مثلاً علی أنّ أحدهما المعین قد أسلم قبل موت والدهما المورّث، واختلفا فی إسلام الأخ الاخر، فقال ذلک الأخ: أسلمت مثلک قبل موت والدنا، وقال الأخ المتفق علی إسلامه قبل موت المورّث: أنّک اسلمت بعد موته، فذکر الماتن قدس سره أنّه یحلف الأخ المتّفق علی تقدم إسلامه للأخ الآخر ویرث الترکه کما هو مقتضی الاستصحاب فی کفر الأخ إلی زمان موت والدهما، وما ورد أنّ الکافر لا یرث المسلم ظاهره أنّ کفر الوارث عند موت المورّث المسلم یمنع الارث، وکذا ما ورد من أنّ إسلام المسلم الوارث یمنع غیره عن الإرث.

لا یقال: یجری فی المقام الاستصحاب فی ناحیه حیاه المورّث إلی زمان اسلام الأخ الثانی، فیتعارض الاستصحابان علی ماهو المقرّر فی تعارضهما فی مجهولی التاریخ.

ص :۴۰۹

. ...

الشَرح:

فإنّه يقال: لامجال للاستصحاب المزبور لأنّ استصحاب حياه الأب إلى زمان إسلام الأخ الثانى لايثبت أنّه مات زمان اسلامه مع أنّ التعارض بين الاستصحابين كافٍ فى عدم ثبوت موضوع الارث، وهو موت المورّث عن ولدين مسلمين.

هذا كلّه فيما إذا كان زمان كل من اسلام الولد الثانى وموت الأب مجهولاً، أمّا إذا علم زمان اسلام الولد الثانى كما هو المفروض فى المسأله الثانيه كما إذا اتفقا على أنّ أحد الأخوين قد أسلم فى غره شعبان والثانى أسلم فى غره رمضان، واختلفا فى زمان موت الأب، فقال الأخ الأوّل أنّه قد مات قبل غره رمضان، وقال الثانى أنّه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن فى الفرض أنّ التركه بينهما، وكأنّه لاستصحاب بقاء حيوه الأب إلى ما بعد غره رمضان.

أقول: يجرى فى الفرض أيضاً الاستصحاب فى ناحيه عدم اسلام الأخ الثانى زمان موت الأب، فإنّ عدم الشك فى اسلام الأخ الثانى بالاضافه إلى أجزاء نفس الزمان، وإسلامه فى أجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لإرثه اسلامه زمان موت والده بأن يكون فى ذلك الزمان مسلماً، وبما أنّه يحتمل بقاؤه على كفره فى ذلك الزمان فيستصحب كما أوضحنا ذلك فى بحث الأُصول عند الشك فى المتقدم والمتأخر من الحادثين، ولايعارض بالاستصحاب فى حياه المورّث إلى غره رمضان؛ فإنّه لا أثر لعدم موته إلى ذلك الزمان، فإنّ الموضوع للارث كونه مسلماً عند موته.

والحاصل: مقتضى الاستصحاب فى عدم اسلام الولد الثانى إلى زمان موت الأب كون تمام التركه للولد الأوّل، فيحلف للثانى مطلقاً، أو فيما ادعى عليه العلم واللّه سبحانه هو العالم.

ص: ۴۱۰

الثانيه: لو اتفقا أنّ احدهما اسلم فی شعبان والآخر فی غره رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان وقال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياه والتركه بينهما نصفين.

الثالثه: دار فی يد انسان، ادعی آخر أنّها له ولأخيه الغائب إرثاً عن ابيهما واقام بيّنه فإن كانت كامله، وشهدت أنّه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف[۱] وكان الباقی فی يد من كانت الدار فی يده وفی الخلاف يجعل فی يد امين حتی يعود و لا يُلزم القابض للنصف الشَرح:

[۱] لوكان فی يد شخص مال دار أو غيرها وادعی أحد أنّ المال له ولأخيه الغائب ورثاه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه أن يثبت ذلك بالبيّنه الكامله، ومعها يقسّمه الحاكم بينه و بين الغائب، ويدفع نصفه إلی المدعی ويبقی نصفه الآخر عند أمين، سواء أكان الأمين من فی يده المال أو غيره، فإنّه ولی الغائب يلاحظ صلاحه وعدم فساد ماله.

والمراد من البينه الكامله أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالك لذلك المال على الأخوين، وإذا لم يثبت انحصار الوارث بهما واحتمل وارث آخر فعلی الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عاده، ثم يدفع النصف إلی المدعی الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعی، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

ولو كان للمدعی فرض أعطی فرضه كاملاً مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البينه الكامله بذلك بأن يعطی للزوج النصف لعدم الولد لهما وللزوجه تمام الربع مع عدم الولد له، وإذا لم يحرز ذلك بأن احتمل الوارث الآخر يعطی النصيب الأدنی، فيعطی للزوج الربع مع احتمال الولد لها وللزوجه ربع الثمن مع احتمال الولد و تعدد الزوجات له، وبعد ظهور عدم الوارث الآخر يُعطی بقيه النصيب، ولو احتمل وجود الحاجب، حيث إنّه محجوب بالوارث من الطبقه الأُولی، فإن أحرز بالبينه الكامله عدم

اقامه ضـمين بما قبض ونعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه. ولو لم تكن البينه كامله، وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما، أُرجى ء التسـليم حيث يبحث الحاكم عن الوارث مستقصـياً، بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً. ولو كان ذا فرض. وأعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً. وعلى التقدير الشَرح:

الحاجب، أعطى المال بلاتضـمين فإنّه مقتضـى اعتبارها، وإن لم تشهد إلّا بكونه أخاً واحتمل الحاجب فلايدفع المال إليه إلّا بعد الفحص وعدم ظهورالحاجب، ومعه يدفع المال إليه مع التضمين.

ويستدلّ على مـا ذكر بـأنّ جواز دفع المـال إليه مع احتمـال وارث آخر بلاـ فحص اضـرار فينـدفع بقاعـده حرمه الاضـرار، ولأنّ الرجوع إلى أصـاله عـدم وارث آخر أو عـدم الحاجب خلاف الاحتياط فى أموال الناس، مع أنّ أصاله عـدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدّعى.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه اضـراراً للوارث الآخر كذلك يحتمل أن يكون امساكه اضـراراً للمدعى، ومن ذلك يظهر أنّ الإمسـاک عن المـدعى لاـيكون من الاحتيـاط مطلقـاً، وعنوان الانحصـار لم يؤخـذ فى نـاحيه ارث أولوالأرحام، بل الموضوع له ترک الميت ولداً أو البنت أو الأخ أو أخوين ونحو ذلک ممّا يمكن احرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

ولكن هـذا الحكم ليس بقضـاء، بـل هـو نظير دفع المـال إلى المـدعى بلاـ معـارض، وجواز الـدفع فى بعض الفروض وإن كـان مقتضى الأصل إلّا أنّ فى بعضها الآخر غير جائز، فإنّ مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أوالحاجب كموارد استصحاب بقاء الحياه فى الأخ الثالث أو استصـحاب بقاء الأبوين أو أحـدهما، فإنّه يمنع عن ارث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعـد أن يجوز الـدفع فى غير المقدار المتيقن أيضاً فيما كان مقتضى

الثانى يعطيه اليقين إن لو كان وارث، فيعطى الزوج الربع، والزوجه ربع الثمن معجلًا من غير تضـمين، وبعـد البحث يتمم الحصـه مع التضـمين. ولو كـان الوارث ممن يحجبه غيره كالأـخ، فـإن أقـام البينه الكامله أُعطى المال وان أقام بينه غير كامله، أعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين.

الشَرح:

الأصـل استحقاقه، أمّـا لو كان مقتضاه عـدم الاسـتحقاق فيجرى فى المقـدار الزائـد لزوم الفحص، وكـذا فيأصل الـدفع فيما كان مقتضى الأصل وجود الحاجب إلى أن يحرز عدمه بوجه معتبر.

ثمّ لاـ يخفى أنّ هـذا كلّه فيمـا إذا كـان المـال بيـد الآـخر عينـاً حيث لا يسـمع عنـد الحاكم اعتراف ذى اليـد بأنّها بتمامها ملك للمـدّعى لكونه الوارث الوحيـد أو أنّه له ولأـخيه لانحصار الوارث عليهما والوجه فى عـدم السـماع أنّ اعترافه فى الحقيقه هو أنّ العين تركه الميت فيجب ايصالها إلى الوارث واقعاً أو إلى جميع الورثه، فقوله أنّ المـدعى هو الوارث الوحيد أو انحصار الوارث عليه وعلى أخيه لا يعتبر اعترافاً على نفسه.

ولا يقاس بما إذا كانت عين بيد شـخص وادعاها شخص آخر بأنّها ملكه واعترف ذو اليد بأنّها ملكه، فإنّه يدفع العين إلى مدعيها المقرّله، حيث يعـد قول ذى اليـد بأنّها ملكه اعترافاً بأنّها ليست ملك نفسه، بل عليه دفعها إلى المدعى المزبور بخلاف الاعتراف للمـدعى بعنوان أنّه الوارث لفلاـن ، فـإنّ الـدفع إليه لاـ يحسب اعترافـاً على النفس مطلقـاً، كمـا هو مورد احتمـال الحاكم وجود الحـاجب أو بالاضـافه إلى تمـام العيـن فيمـا كـان المحتمـل عنــده وارث آخر مع المـدعى، ولـو فيمـا ذكرنـا فى مـورد اقتضـاء الاستصحاب وجوده.

وأمّـا إذا كـان المـال دينـاً على العهـده فيسـمع اعـترافه بـأنّ المـدعى هـو الـوارث، حيث إنّه اعـتراف على نفسه، فـإنّه لو لم يكن هوالوارث أو لم ينحصر عليه لما تعين الدين

ص :۴۱۳

الرابعه: إذا ماتت امرأه و ابنها[١] فقال اخوها مات الولـد أوّلاً ثم المرأه فالميراث لى وللزوج نصـفان وقال الزوج بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البينه

الشَرح:

بـدفع المال عليه، بل يبقى الدين الذى من تركه الميت على عهدته لتوقف تعين الدين فى الخارج على قبض المسـتحق أو وكيله أو وليه.

[١] إذا مـاتت امرأه وابنهـا ولـم يعلم الحـاكم السابق بالموت مع احتماله اقتران موتهما أو مع عـدم احتماله فقال أخوها مات الولد قبل أُمّها فالمال بينه و بين الزوج بالمناصـفه، وقال الزوج ماتت المرأه أوّلاً فالمال كلّه له ورثه من الابن، فإن كانت لأحدهما بينه بما ادّعاه قضى على طبقها.

وبيان ذلک خمسه أسـداس من مال الولـد لأبيه يعنى الزوج بلاخلاف ونزاع، لأنّ غايه دعوى أخ المرأه أنّ ثلث مال الولد لموته أوّلاً انتقل إلى أمّه، وذلک الثلث بموت الأُم ثانياً يكون بينه وبين الأب، فيجتمع للأب خمسه أسـداس من مال الولد أربعه بموت الولد وسدس بموت الأُم بعده، كما أنّ المال الأصلى للمرأه يكون بينه وبين أب الولد بالمناصفه.

وبالجمله: فالأخ للمرأه يدعى نصف المال الأصلى للأُم وسدساً من مال الولد، ولكن دعوى الأب أن كل مال الولد ومال الزوجه له لموت الزوجه أوّلاً.

قال المصـنّف قدس سـره أنّه مع عدم البينه لواحد منهما يحكم بأنّ جميع مال الولد لأبيه، ولعلّ مراده بعد حلف الأب لأخ المرأه على عدم موت الزوجه بعد موت الابن، أو على عدم علمه بذلک، كما أنّه يحكم بأنّ تركه المرأه يعنى جميع ما لها الأصـلى بين الأب وأخ المرأه بالمناصفه، ولعلّه أيضاً بعد حلف الأخ للأب بأنّها لم تمت قبل موت ولدها أو لايعلم موتها كذلک.

وبالجمله: اختلاف الأب مع أخ الأُم فى سدس مال الولد ونصف مال الأُم.

ومع عدمها لا يقضى بأحدى الدعويين، لأنّه لا ميراث إلّا مع تحقق حياه الوارث فلا ترث الاُمّ من الولد، ولا الابن من امه ويكون تركه الإبن لابيه، وتركه الزوجه بين الاخ والزوج.

الشَرح:

وعلّل قدس سره ما ذكره بأنّه لاميراث إلّا مع تحقق الحياه من الوارث، ولعلّ مرجعه إلى أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الولد عند موت أُمّه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الأُم زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها وأخيها بالمناصفه، والحلف الذيتقدم احتماله مبنى على هذين الاستصحابين.

ولكن شئياً منهما غير تام، لأنّ الاستصحاب فى حياه الولد زمان موت الأُم لا يثبت اقتران موتهما يعنى تحقق الموتين فى زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلى للابن إلى أبيه ويكون المال الأصلى لأُمّه بين زوجها وأخيها، بل قد لايحتمل الاقتران كما ذكرنا، ولذا يقال فى المقام بأنّ دعوى الأب وأخ المرأه بالاضافه إلى سدس المال الأصلى للطفل من دعوى الاملاك، وكذا دعواهما بالاضافه إلى النصف من المال الأصلى للمرأه، فيجرى عليهما ما تقدم فى دعوى الاملاک من أنّه إذا كان لأحدهما بينه أو حلف أحدهما فالمال له، ومع قيام البيّنه لكل منهما أو عدم اقامتها أصلًا يحلفان و يقتسمان ومع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بينه على مدّعاه فلا بأس بالحكم بثبوته، لإطلاق اعتبار البيّنه، وإن تقدم الاشكال فى كون الحكم قضاءً فيما لم يكن فى البين المدعى عليه، وكذا لا ـ بأس بالحكم بالتنصيف مع اقامه كل منهما البينه على مدعاه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذاً بما ورد فى معتبره اسحاق بن عمّار وما فى ذيل معتبره غياث بن إبراهيم المتقدمتين.

وإنّما يقع الاشكال فى الحكم بالتنصيف مع عدم اقامتهما البينه بحلفهما، حيث

الخامسه: لو قال: هذه الأمه ميراث من أبی[١] وقالت الزوجه هذه أصدقنی اياها أبوک، ثم أقام كلّ منهما بينه يقضی ببيّنه المرأه، لأنّها تشهد بمايمكن خفاؤه علی الاخری.

الشَرح:

يعتبر الحلف من المـدعی عليه إذا لم يكن للمـدعی بينه، وفی مثـل المقـام كـل من المتنـازعين مـدّعٍ من غير أن يكون فی البين المـدعی عليه، واطلاق المـدعی لكل منهما بالاضافه إلی المال، حيث إنّه المـدعی به، نظير ما إذا لم يكن المال بيـد أحد وادّعاه شخص بلا معارض أو ادّعاه بالبينه.

لايقال: قد ورد فی صـحيحه سـليمان بن خالد عن أبی عبداللّه عليه السـلام قال: «فی كتاب علی أنّ نبياً من الأنبياء شكی إلی ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضـی فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحی اللّه إليه احكم بينهم بكتابی وأضفهم إلی اسمی فحلّفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينه»(١)، وظاهرها قيام الحلف مقام البينه إذا لم تكن.

فـإنّه يقـال ظاهرهـا الحلف للمـدّعی إذا لم تكن له بيّنه، لاـ أنّه يحلف المـدعی إذا لم يجـد بيّنه، وقـد ورد فی سائر الروايات أنّ الحلف للمدعی يقع من المدعی عليه والمفروض عدم المدعی عليه فی مثل المقام.

اللّهمّ إلاّـ أن يقال يكفی فی صـدق المـدعی عليه المنازع فيما لو اعترف بـدعوی المـدعی ثبتت دعواه ويلزم علی ذلک سـقوط الـدعوی من الجانبين فيما إذا نكلا عن اليمين إلاّ أنّ للعلم اجمالاً بكون سدس مال الابن لأحدهما وكذا نصف مال المرأه فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذاً بما ورد فی القرعه لإخراج المحق.

[١] إذا مـات الأـب وقـال ابنه هـذه الجـاريه ميراث أبی، وقـالت زوجته قـد جعل أبوک الجاريه صـداقاً فی نكاحی فهی لی، فإن أقامت بينه بدعواها ثبتت، وإلاّ يحلف الابن علی البنت أو علی نفی العلم بدعواه، وإن أقام كل منهما بيّنه تقدم بيّنه الزوجه

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١۶٧.

....

الشَرح:

لا ـ لأنّهـا بينه الخـارج، كمـا عليه المشـهور، بل لأنّ البينه المزبوره تشـهد بمايمكن خفاءه على الأُخرى، بلافرق بين كون الجاريه بيـدهما أو بيد شـخص يعترف بأنّها كانت للمتوفى، وكأنّ مراده قدس سـره أنّ ما ورد فى تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعـارض فى الواقع بين البينتين، حيث تشـهد احـداهما بالإصـداق والعلم به، والأـخرى تشـهد بمقتضـى بقاعـده اليـد التى كـانت للمتوفى.

أقول: هـذه مثل الـدار التى قال الوارث لا أعلم إلاّ أنّها كانت بيـد المورّث، ويـدعى آخر أنّ الـدار له، حيث ذكرنا تقـديم ما هو الأكثر فى العدد من شهودهما مع الحلف.

ص: ۴۱۷

الاختلاف فی الولد

المقصد الرابع

فی الاختلاف فی الولد

إذا وطی ء اثنان امرأه وطئاًیلحق به النسب[۱] إمّا بأن تکون زوجه لأحدهما ومشتبهه علی الآخر أو مشتبهه علیهما، أو یعقد کلّ واحد منهما علیها عقداً فاسداً، ثمّ تأتی بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم یتجاوز اقصی الحمل، فحینئذ یقرع بینهما ویلحق بمن تعیّنه الشَرح:

[۱] لاینبغی التأمّل، بل لا یعرف الخلاف فی أنّه إذا تزوجت الحرّه أو الأمه بعدالطلاق الأوّل وأتت بولد لسته أشهر من تزوجها الثانی یلحق الولد بالزوج الثانی حتی فیما لو احتمل لحوق الولد بالأوّل و فی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام «إذا کان للرجل منکم الجاریه یطأها فیعتقها فاعتدّت ونکحت فإن وضعت لخمسه أشهر فإنّه من مولاها الذی أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوّجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخیر».(۱)

ومن ذلک یظهر أنّها لو وضعت بأقلّ من سته أشهر من تزوّجها یلحق الولد بالأوّل، ویحکم بحرمتها أبداً للثانی، لأنّها لوضعها فی أقلّ من ستّه أشهر محکومه بالحمل من الأوّل، فلا تنقضی عدّتها إلاّ بوضع الولد، فالنکاح الثانی وقع أیّام عدّتها، وبما أنّ الثانی دخل بها فتکون محرّمه علیه أبداً.

وإذا وطأ المرأه اثنان أحدهما زوجها أو غیره شبهه والآخر بالزنا یلحق الولد

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، الباب ۵۸ من أبواب نکاح العبید، الحدیث ۱: ۵۶۸.

القرعه، سواء كـان الواطئـان مسـلمين أو كافرين أو عبـدين أو حرّين، أو مختلفين فى الإسـلام والكفر والحرّيه والرقّ أو أباً و ابنه هذا إذا لم يكن لأحدهما بينه.

الشَرح:

بالزوج أو بالواطى ء شـبهه، ولا ينتفى عن الزوج إلاّ باللعان، ، كماتشـهد بـذلك عـده من الروايات منها موثقه سـعيد الأعرج عن أبى عبـداللّه عليه السـلام «سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحـد لمن يكون الولـد؟ قال: للـذى عنـده لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله الولد للفراش وللعاهر الحجر»(١) فإنّ مقتضـى الاستشهاد بقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله عدم الفرق فى الحكمه بين الفجور بالجاريه والزوجه، وفى موثقته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأه ليست بمأمونه تدّعى الحمل، قال: ليصبر لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله الولد للفراش وللعاهر الحجر»(٢)، إلى غير ذلك.

وأمّا إذا كان كل من الوطئين أو الأكثر بالفراش فالمشـهور أنّه إذاكان فى طهرين يلحق الولـد بالأخير، أمّا إذا كانا فى طهر واحد يقرع بينهـم، وفى روايه زراره «قـال: سـألت أبـاجعفر عليه السـلام عن الرجـل إذا طلّق زوجته ثم نكحت وقـد اعتـدّت ووضـعت لخمسه أشـهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من سـته أشـهر فلأُمّه و لأبيه الأوّل وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير»(٣) وفى خبر أبى العباس: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير وإن كان لأقل من ستّه أشهر فهو للأوّل»(۴) إلى غير ذلك ممّا يكون مفادها لحوق الولد بالأخير.

وفى صـحيحه معـاويه بن عمّار عن أبى عبـداللّه عليه السـلام : «إذا وطى ء رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحـد فولـدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد

١- (١) الوسائل: ١۴، الباب ۵٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ۴:۵۶٨.

ویلحق النسب بـالفراش المنفرد والـدعوی المنفرده، وبـالفراش المشـترک والـدعوی المشـترکه ویقضـی فیه بـالبینه، ومع عـدمها بالقرعه.

الشَرح:

ولده»(۱)، وفی صـحیحه الحلبی ومحمد بن مسـلم عن أبی عبداللّه علیه السـلام : «قال: إذا وقع الحر والعبد والمشـرک بامرأه فی طهر واحد فادّعوا الولد أُقرع بینهم فکان الولد للذی یخرج سـهمه»(۲)، إلی غیر ذلک ممّا یـدلّ علی أنّ إلحاق الولد فی الفرض یکون بالقرعه، وإن لم یدعوه بأن سـکتوا کصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: اذا وقع المسلم والیهودی والنصرانی علی المرأه فی طهر واحد أقرع بینهم فکان الولد للذی تصیبه القرعه».(۳)

ویستفاد من التقیید بطهر واحد أنّه إذا وقع الوطآن فی طهرین یلحق بالأخیر، ولعلّه لبراءه الرحم بالحیضه من الماء الأوّل.

والحاصـل: أنّ الولـد یلحق بـالزوج والفراش مع انفراد کـل منهمـا وکـذا یلحق بالمـدعی مع صـغر الطفـل وعـدم المعارض و مع الفراش المشترک یقرع سواء ادعیا أم سکتا أو سکت أحدهما، وتمام الکلام فی باب بحث لحوق الولد فیأحکام الأولاد.

إلی هنا انتهی ما قصدنا إیراده من مباحث القضاء

وقد وقع الفراغ بید مؤلفه

جواد بن علی التبریزی

غفر لهما

فی شهر رجب المرجب سنه خمس و أربعمائه وألف من الهجره المبارکه.

وللّه الحمد أوّلاً وآخراً

۱- (۱) المصدر نفسه: الباب ۵۷ من أبواب نکاح العبید، الحدیث۵۶۶:۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۴، الباب ۵۷ من أبواب نکاح العبید، الحدیث ۱: ۵۶۶.

۳- (۳) المصدرنفسه: ۱۷، الباب ۱۰ میراث ولد الملاعنه، الحدیث ۵۷۱:۱.

اشتراط البلوغ فى الشاهد

بسم اللّه الرحمن الرحيم

والنظر فى أطراف خمسه:

الاوّل:

فى صفات الشهود

ويشترط فيه سته أوصاف:

الأوّل: البلوغ [١].

فلاتقبل شهاده الصبى، ما لم يصر مكلّفاً، وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروك.

الشَرح:

[١] الشهاده قسم من الخبر كمايأتى، ويقع الكلام فى كتاب الشهادات فيأطراف خمسه: الأوّل: فى الصفات المعتبره فى الشاهد، وهى سته:

الأوّل: البلوغ، فلا تسمع شهاده الصبى غير المميز، بلاخلاف معروف أو منقول، وكذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديماً و حديثاً، إلاّ فى القتل، وقيل فى الجراح خاصه، وقيل فيهما، وقيل كما يظهر من عباره الماتن قدس سره وغيره: تسمع شهاده من بلغ

....

الشَرح:

عشراً مطلقاً، من غير فرق بين القتل والجرح وبين غيرهما، وربّما ينسب ذلك إلى الشيخ قدس سره فى النهايه، ولكنّه وهمٌ، وقد صرَّح بعض بعدم عرفان القائل به.

ويشهد لما عليه المشهور صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «فى الصبى يشهد على الشهاده، فقال: إنّ عقله حين يدرك أنّه حق جازت شهادته».(۱)

ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أميرالمؤمنين عليه السلام :إنّ شهاده الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها».(۲)

حيث إنّ تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم.

وفى صحيحه محمد بن حمران قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده الصبى، قال: فقال: لا، إلاّ فى القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثانى»(۱)، ونحوها صحيحه جميل قال: «قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : تجوز شهاده الصبيان؟ قال: نعم فى القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثانى منه».(۴)

وربّما يقال بتعارضهما مع موثقه طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن على عليه السلام قال: «شهاده الصبيان جائزه بينهم ما لم يتفرّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم»(۵)، وربّما أنّها أخص ممّا تقدم، حيث إنّ عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما فى الموثقه من شهادتهم بعد تفرّقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

ص :۴۲۶

۱- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۶ :۲۵۳.

واختلفت عباره الأصحاب فی قبول شهادتهم فی الجِراح والقتل، فروی جمیل عن أبی عبداللّه علیه السلام : «تقبل شهادتهم فی القتل ویؤخذ بأوّل کلامهم»، ومثله روی محمد بن حمران عن أبی عبداللّه علیه السلام .

الشَرح:

ولکن لایخفی أنّ ظاهر الموثّقه تقیید السماع فی مورد سماع شهادتهم، یعنی یعتبر شهاده الصبیان فی القتل أو الجرح فیما إذا شهدوا به أن تقع بین جمعهم قبل أن یتفرقوا أو یرجعوا إلی أهلهم، فانه بعد ذلک لا تسمع شهادتهم، ولعل السماع فی تلک الصوره لافاده شهادتهم العلم بالواقعه نوعاً، ویمکن أن یکون المراد شهاده بعضهم علی بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلی أهلهم، ولولم یکن ظاهرها ذلک، فیحمل علیه، جمعاً بینها وبین ما تقدم.

ولو اغمض عن ذلک ایضاً، فالنسبه بینها وبین مثل صحیحه جمیل، العموم من وجه، لدلاله المستثنی منه فی الصحیحه علی عدم اعتبار شهاده الصبی فی غیر القتل عند تفرقهم، ولا ینافیها الموثقه، ودلاله الموثقه علی اعتبارشهادتهم فی القتل قبل تفرقهم، و هذا لا ینافیه المستثنی منه فی الصحیحه، ویجتمعان فی شهادتهم فی غیر القتل قبل تفرقهم، فالموثقه تثبت سماعها والصحیحه تنفی سماعها، وبعد تساقطهما یرجع إلی الاطلاق فی عدم سماع شهاده الصبی حتی یدرک.

وأمّا صحیحه أبیأیوب الخزاز قال: «سألتُ اسماعیل بن جعفر متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنین، قلت: ویجوز أمره؟ قال: فقال: إنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین ولیس یدخل بالجاریه حتی تکون امرأه، فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره وجازت شهادته».(۱)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳:۲۵۲.

وقال الشيخ فی النهایه: «تقبل شهادتهم فی الجراح والقصاص»، وقال فی الخلاف:

الشَرح:

فلا یمکن الاعتماد علیها لعدم الإسناد إلی المعصوم علیه السلام ، ولعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنین مستند إلی هذه الروایه التی تتضمن القیاس الباطل.

وأمّا موثقه عبید بن زراره، قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن شهاده الصبی و المملوک، قال: علی قدرها یوم اشهد تجوز فی الأمر الدوّن ولا تجوز فی الأمر الکبیر»(۱)، فلا یمکن الاستناد علیها أیضاً، لتضمّنها عدم جواز شهاده المملوک، مع ما یأتی من جواز شهاده المملوک کالحرّ، والتفصیل الوارد فیه لم یعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط فی الأمر الدون والأمر الکبیر.

والمتحصّل: المتبع فی المقام ما دلّ علی عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، ویستثنی من ذلک شهادتهم فی القتل ابتداء کلامهم، فلا یسمع شهادتهم ثانیاً علی خلاف الابتداء، و قد صرّح بذلک جمع من الأصحاب، وبعضهم الحق شهادتهم فی الجرح بالقتل بالأولویه، بل ظاهر الماتن والدروس انحصار سماع شهادتهم علی الجرح.

ولکن لا یخفی انّ مقتضی الأولویّه علی تقدیرها الحاق الشهاده بکل أمر وهذا یخالف الحصر الوارد فی صحیحتی جمیل و محمّد بن حمران المتقدمتین، ولم یرد فی شیء من الروایات السماع فی الجرح، وعلیه فالأظهر الاقتصاربالقتل فلایتعدّی إلی الجرح فضلاً عن غیره، وذلک لأنّ السماع فی القتل فیه نوع تحفظ علی الدماء.

والعجب من مثل الماتن حیث ترک العمل بصحیحتی جمیل ومحمد بن

۱- (۱) المصدرنفسه: الحدیث ۵:۲۵۳.

«تقبل شـهادتهم فی الجِراح مالم یتفرقوا إذا اجتمعوا علی مباح»، والتهجّم علی الـدماء، بخبر الواحـد خطر، فالأولی الاقتصار علی القبول فی الجراح بالشروط الثلاثه: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا کان علی مباح، تمسکاً بموضع الوفاق.

الشَرح:

حمران، ومع ذلک التزام بجواز السماع فی الجرح، وقد تبین انّ السماع فی الجرح مبنی علی السماع فی القتل بالعمل بهما.

و ما ذکر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فیه، وکذا ما ذکره بعضهم من اشتراط اجتماعهم علی المباح، وقد سبقهم علی ذلک الاشتراط الشیخ قدس سره فی النهایه، ولا یخفی ما فیه أیضاً بعد کون الصبی مرفوع القلم.

ثمّ إنّ فی شمول الاستثناء للصبیّه تأمّلاً ـ والأصل عدم اعتبارشهادتها، ولایخفی أیضاً أنّ مورد الکلام فی المقام سماع شهاده الصبی عند آدائها، وأمّا تحمّل الشهاده عند الصبا وادائها بعد بلوغها فلا بأس به، کماهو ظاهرصحیحه محمد بن مسلم ومعتبره السکونی المتقدمتین، ولکن تحمّله لا یفید فیما إذا کان شرطاً کما فی الطلاق، ومما ذکر یظهر التمسّک فی الحکم فی المقام بقوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَیْنِ مِن رِجَالِکُمْ».(۱)

۱- (۱) البقره: ۲۸۲.

اشتراط العقل فی الشاهد

الثانی: کمال العقل [۱].

فلاتقبل شـهاده المجنون اجماعاً، أمّا من يناله الجنون أدواراً فلابأس بشـهادته حال إفاقته، لکن بعد استظهار الحاکم بمايتيقّن معه حضور ذهنه واستکمال فطنته.

وکـذا من يعرض له السـهو غالباً، فربّما سـمع الشـیء ونسـی بعضَه، فيکون ذلک مغيّراً لفائـده اللفظ و ناقلًا لمعناه، فحينئـذ يجب الاستظهار عليه حتی يستثبت ما يشهد به.

الشَرح:

[۱] لا ينبغی التأمّل فی اعتبارالعقل فی الشاهد، حيث لا اعتبارلأقوال المجنون فی غير مقام الشـهاده فضـلًا عن مقامها، أضف إلی ذلک اعتبارالعـداله فی الشاهـد، والمجنون لا يوصف بها، وقـد صـرّح بعضـهم اعتبار العقل عند التحمّل أيضاً، واعتباره فيما کان التحمّل شرطاً کما فی الطلاق صحيح وفی غيره لا يخلو عن الوجه.

ومما ذکر يظهر أنّه لا بأس بشهاده المجنون حال إفاقته حيث إنّه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط فی شهاده رجل عدل.

و ذکر الماتن قدس سـره أنّه لاتسمع شهاده من يغلب عليه السهو، فإنّ الشخص مع عدالته ربّما ينسی بعض الشیء، وإذا کان أمراً غالبياً لعادل فلا اعتبار بشهادته کما لا اعتبار باخباره عند العقلاء والمتشرعه، إلّا إذا حصل وثوق بعدم سهوه، ولو لکون المخبر به أو المشهود به مما لايسهی فيه.

وبالجمله: ما ورد فی اعتبار البيّنه وخبر العـدل ينصـرف عن أخبار من يغلب عليه السـهو، وکذا المغفل الذی فی جبلته البله، لعدم تفطّنه لمزايا الأمور، ولايؤمن من التزوير عليه.

ويمکن استظهار الاعتبار مع الاغماض عمّا ذکر من مثل صحيحه عبد اللّه بن

و كـذا المغفّـل الـذى فى جبلته البله، فربّمـا اسـتغلط لعـدم تفطّنه لمزايـا الأـمور، والأولى الإعراض عن شـهادته، ما لم يكن الأمر الجلى، الذييتحقق الحاكم استثبات الشاهد له وأنه لا يسهو فى مثله.

الشَرح:

سنـان قال: «قلت لأبى عبـداللّه عليه السـلام : ما يردّ من الشـهود؟ فقال: الضـنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين»(۱)، حيث لايبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثره نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصيه الواقعه حتى مع حسّه بها.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

اشتراط الإيمان فى الشاهد

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهاده غير المؤمن[١] وإن اتّصف بالإسلام، لاعلى مؤمن ولاعلى غيره، لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهاده.

الشَرح:

[١] مراده قدس سره عدم سماع شهاده المخالف، وانّ الإيمان بمعناه الخاص شرط فى الشاهد زائداً على إسلامه، فلا توجب شهاده غير المؤمن ملاكاً للقضاء، نعم إذا أوجبت شهادته أو شهاده غير المسلم فى مورد علماً للقاضى بالحق فعلى القاضى الحكم به لا للشهاده، بل لكونه قضاءً بعلمه.

ولا ينبغى التأمّل فى عدم سماع شهاده المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف مقصّراً فى عدم الاعتقاد وعرفان الحق فإنّه يدخل فى الفاسق، ويأتى انّه لا اعتبار بشهاده الفاسق، أضف إلى ذلك دعوى الاجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين القاصر والمقصّر.

ولكن اثبات عدم سماع شهاده القاصر لا يمكن ، بل سماعها مقتضى الإطلاق فى بعض الروايات كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده، ثمّ يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما».(١)

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهاده الرجل إذا علم منه خير؛ الحديث»(٢)، حيث إنّ المخالف القاصر فيما إذا كان عدلاً على مذهبه يدخل فيهما.

نعم، لو قيل بكفر المخالف يتعيّن القول بعدم سماع شهاده المخالف مقصراً أو

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۸۵.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۸: ۲۹۱.

....

الشَرح:

قاصراً، لكن القول المزبور ضعيف، كما قرر فى بحث الكفر والإسلام، وهذا فى غير الناصب فإنّ الناصب داخل فى عنوان الكافر ولا تسمع شهاده الكافر على مسلم.

وفى صحيحه أبى عبيده عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهاده أهل الذمّه (الملل) على المسلمين».(١)

وفى موثقه سماعه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه قال: فقال: لا تجوز إلّا على أهل ملتهم.(١)

ويدل أيضاً ما ورد مثل صحيحتى محمد بن مسلم فى سماع شهاده الكافر بعد اسلامه، ويأتى بقيّه الكلام فى شهاده الكافر.

وفى صحيحه عبداللّه بن المغيره قال: «قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : رجل طلّق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين، قال: كل من ولد على الفطره وعرف بالصلاح فى نفسه جازت شهادته.(٢)

ولابدّ من حملها على أنّ الجواب نوع طفره عن الجواب ببيان الكبرى، كيف وجوازشهاده الناصب فى الطلاق مخالف للكتاب المجيد حيث يقول سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ»(۴)، والكافر لا يدخل فى ذوى عدل منكم.

وعن المسالك: انّ المعتبر فى صدق الفاسق والظالم حيث علّل الماتن عدم سماع شهاده غير المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد الشخص بأنّ ما يفعله أو يعتقده من خلاف الحق بأنّه الحق و الطاعات، وإلّا فمع الاعتقاد بذلك سواء أكان هذا الاعتقاد

١- (٢) المصدر نفسه: الباب ۴١ من أبواب الشهادات، الحديث ۵:٢٩٠.

٢- (٣) الطلاق:٢.

....

الشَرح:

ناشـئاً عن نظر أو تقليـد لاـ يـدخل الشـخص فى العنـوانين، فـإنّ الظـالم من يعانـد الحق مع علمه به، والفـاسق من ترك الحق مع احرازه، والعـامه مع اشتراطهم العـداله فى الشاهـد يقبلون شـهاده المخالف لهم فى الاصول ما لم يبلغ خلافه حـد الكفر أو يكون خلافه لـدليل قطعى بحيث تكون المخالفه بمحض التقصـير، وعلى ذلك فالعدل يوجد فى جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضـى ملتهم ودينهم، ويحتاج اخراج هـذا النحو من العدل عن سـماع شـهاده العدل إلى دليل وقد تحقق الدليل فى الكافر بالاضافه إلى شهادته على المسلم ولو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشتراط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العداله.

وفيه مـا لاـيخفى، من صـدق الظـالم لنفسه و الفـاسق على من ترك الفحص عن الحق ولو مع احتماله فى زمان، بحيث لو فحص عن الحق فى ذلك الزمان لتمكن من الوصول إليه.

بقى فى المقـام أمر، وهو مـا يقـال من أنّه إذا كـان المخـالف محكومـاً بـالفسق فلا تقبل شـهادته على مؤمن، وأمّا إذا شـهد على مخالف آخر فعلى القاضى سماع شهادته، حيث إنّ السماع مقتضى قاعده الإلزام، حيث إنّ المدعى عليه المخالف لايرى بشهاده المخالف المزبور بأساً.

ولا يبعد القول بأنّ سيره علىّ عليه السلام كانت على ذلك فى قضاياه، والاجماع المدّعى على عدم سماع شهاده المخالف مطلقاً أو فيما كان جاهلًا مقصراً لايعم الفرض.

أقول: الالتزام بالتفرّقه فى قضايا علىّ عليه السـلام ، وانّه إذا كان المدّعى مؤمناً وشهوده من المخالفين كالمدّعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلـك الشـهاده، وأمّا إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المـدّعى كشـهوده من المخالفين لا يحكم بشـهادتهم على المؤمن بعيد غايه البعد.

ص :۴۳۴

نعم، تقبل شهاده الذمّی خاصّه فی الوصیّه، إذا لم یوجد من عدول المسلمین من یشهد بها[۱]، ولایشترط کون الموصی فی غربه، وباشتراطه روایه مطرحه، ویثبت الإیمان بمعرفه الحاکم أو قیام البیّنه أو الاقرار.

وهل تقبل شهاده الذمّی علی الذمّی؟ قیل: لا، وکذا لا تقبل علی غیر الذمّی، وقیل تقبل شهاده کلّ ملّه علی ملتهم، وهو استناد إلی روایه سماعه، والمنع أشبه.

الشَرح:

بل لایبعد أن یکون قضاؤه علیه السلام بشهاده المخالفین لمؤمن علی مخالف أو لمخالف علی مؤمن مجری التقیه والمداراه، وقد ورد فی موثقه أیوب بن نوح الأخذ بأحکامهم بالتقیه والمداراه، قال: «کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام أسأله هل نأخذ فیأحکام المخالفین ما یأخذون منّا فی أحکامهم أم لا؟ فکتب علیه السلام : یجوز لکم ذلک إذا کان مذهبکم فیه التقیه منهم والمداراه».(۱)

وقد ورد فی صحیحه أبی ولّاد الوارده فی قضاء أبی حنیفه فی واقعه البغله المستأجره عدم نفوذ قضائه لمؤمن علی مخالف، مع عدم التقیه فی مورده کما هو ظاهرها.

[۱] یقع الکلام فی جهتین:

الأولی: سماع شهاده المسلم العادل علی الکافر و عدم سماع شهاده الکافر علی المسلم، مؤمناً کان أو غیره، من غیر فرق بین الکافر ذمّیاً أو غیره، وقد نفی الخلاف عن الحکمین بل ادّعی علیهما الاجماع.

وفی صحیحه أبی عبیده عن أبی عبداللّه علیه السلام : «تجوز شهاده المسلمین علی جمیع أهل الملل و لا تجوز شهاده أهل الذمّه (الملل) علی المسلمین»(۲)، وإذا لم تنفذ

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۴ من أبواب میراث الاخوه والأجداد، الحدیث ۳: ۴۸۴.

۲- (۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۳۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۸۴.

سماع شهاده الكافر

....

الشَرح:

شهاده الذمّى على مسلم فعدم سماع شهاده الحربى أولى.

ويدلّ أيضاً على السماع، صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهاده المملوك من أهل القبله على أهل القبله على أهل الكتاب».(۱)

وكذا ما ورد فى سماع شهاده الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد اسلامه، كمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : قال أميرا لمؤمنين عليه السلام : اليهودى والنصرانى إذا أُشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم».(۲)

نعم فى صحيحه جميل قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن نصرانى أُشهد على شهاده ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال:لا.(۲)

ولكن لابدّ من حملها على صوره عدم احراز عدله بعد اسلامه، جمعاً بينها وبين مثل معتبره السكونى، بشهاده صحيحه محمّد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده، ثمّ يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كان أُشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما.(۴)

وبالجمله: مقتضى ما تقدم عدم سماع شهاده الكافر على المسلم ولو كان الكافر من القاصر.

الجهه الثانيه: انّه تسمع شهاده الكافر بالوصيه من الموصى المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، وهذا الحكم فى الجمله قطعى ولا خلاف فيه، لدلاله الكتاب المجيد والروايات، قال سبحانه:«أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَهُ الْمَوْتِ».(۵)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۴:۲۵۴.

۲- (۳) المائده:۱۰۶.

....

الشَرح:

وفی صحیحه ضریس الکناسی قال: «سألت أباجعفر علیه السلام عن شهاده أهل الملل هل تجوز علی رجل مسلم من غیر أهل ملتهم؟ فقال: لا إلاّ أن لا یوجد فی تلک الحال غیرهم، وان لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم فی الوصیه لأنّه لا یصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا یبطل وصیته(۱)».

وفی صحیحتی الحلبی ومحمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته هل تجوز شهاده أهل مله من غیر أهل ملتهم؟قال: نعم إذا لم یوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غیرهم انّه لا یصلح ذهاب حق أحد».(۲) وموثقه سماعه قال: «سألت ابا عبداللّه علیه السلام عن شهاده اهل الذمّه (الملّه) فقال لا یجوز إلاّ علی اهل ملتهم، فان لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم علی الوصیه، لأنه لا یصلح ذهاب حق احد».(۳)

وفی صحیحه هشام بن الحکم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی قول اللّه عزّوجلّ: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَیْرِکُمْ».

قال: «إذا کان الرجل فی أرض غربه ولا یوجد فیها مسلم جازت شهاده من لیس بمسلم فی الوصیه».(۴)

وتتضح أطراف المسأله بالتکلّم فی أمور:

الأوّل: هل یعتبر فی سماع شهاده الکافر بوصیه المسلم أن یکون الموصی عند الوصیه فی الغربه أم لا تعتبرالغربه ؟

المنسوب إلی المشهور قدیماً وحدیثاً عدم الاعتبار، ویذکر فی وجهه: أنّ الغربه وإن وردت فی بعض الروایات قیداً بل ظاهر الآیه ذلک إلاّ انّه قید غالبی، فانّه لایحتاج فی تحمّل الشهاده فی غیر الغربه إلی الکافر، فلایمنع ذلک عن الأخذ بالاطلاق فی

....

الشَرح:

بعض الروايات، كما فى صحيحه ضريس المتقدمه.

بل يقال: إنّ مقتضى التعليل فى الروايات بأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان فى الحضر أو فى السفر، والمراد من المسلم العادل هو المتمكّن على اداء الشهاده عند الحاجه إليه، فلايفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهاده مع عدم تمكّنه على أدائها بعد ذلك ولو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

وعن جماعه، كالشيخ فى ظاهرالمبسوط، وابن زهره فى ظاهرالغنيه، والاسكافى والحلبى فى صريحهما اعتبارها، وعلّل الاعتباربأنّه لا يمكن الأخذ بظاهرالتعليل لجريانه فى غير الوصيه، وإذا سقط الإطلاق فى التعليل يؤخذ بالقيد فى الروايات، وما عن المحقّق قدس سره فى الكتاب: ولا يشترط كون الموصى فى غربه وباعتبارها روايه مطرحه، من غرائب الكلام، فإنّ طرح ظهور الآيه وبعض الروايات فى اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الاطلاق فى التعليل يبقى فى البين انّ القيد فى الآيه وبعض الروايات غالبى، لأنّ عدم التمكن على المسلم العادل يحصل فى الغربه والسفر، فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى صحيحه ضريس الكناسى، مع أنّه لم يعلم عدم الاطلاق فى التعليل، فإنّ المراد بالحق فى قوله عليه السلام : «لايصلح ذهاب حقّ أحد»، هو حقّ الوصيه، كمايقتضيه عطف: «ويبطل وصيته عليه».

وبالجمله: فالمتّبع هو الأخذ بالاطلاق، واللّه سبحانه هوالعالم.

الثانى: ذكر فى الجواهر أنّه لافرق فى شهاده الذمى بالوصيه مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولايه أو بهما معاً، ويعبر عن الوصيه بالولايه الوصايه، و على الأوّل

. ... .

الشَرح:

اتفاق، وهذا الكلام يشير إلى الخلاف فى الوصيه بالولايه، وقد نقل عن جماعه منهم الشهيد الثانى فى المسالك اختصاص الحكم بالوصيه بالمال، وقوفاً فيما خالف الأصل على المتيقن، وعن المحقق الأردبيلى قدس سره فى بعض الروايات اشاره إلى الاختصاص، ولعلّه أراد ما علّل به السماع، من أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

ولكن لا يخفى ما فى تعليل الشهيد الثانى وما ذكره الأردبيلى من الاشاره، فإنّ مقتضى الروايات باطلاقها سماع شهاده غير المسلم فى الوصيه مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولايه، والوصايه أيضاً جعلها حقّ للمسلم، فلا يصلح ذهابها.

الثالث: المذكور فى كلمات كثير من الأصحاب كعباره الماتن قدس سره هو الذمّى، وبعضهم ذكر سماع شهاده أهل الكتاب، و هم اليهود والنصارى، وألحق بهما المجوس، أمّا لكونهم من أهل الكتاب أو لأنّهم ملحقون بهم فى الجزيه وغيرها.

وفى الروايات الوارده فى المقام، شهاده أهل الملل وشهاده من ليس بمسلم وشهاده الكافر وأهل الكتاب والذمى، وفى موثقه سماعه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، فقال لا تجوز إلّا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد».(۱)

وفى معتبره حمزه بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ذَوَا عَدْلٍ مِنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ»(۲) قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، واللّذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۸۷.

۲- (۲) سوره المائده: ۱۰۶.

....

الشَرح:

ذمّيين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما».(۱)

وفی صحیحه الحلبی قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام : هل تجوز شهاده أهل الذمّه علی غیر أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم یوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غیرهم، إنّه لا یصلح ذهاب حق أحد».(۲)

والأظهر عدم اعتبار کون الکافر ذمیّاً، بل یکفی کونه من أهل الملّه والکتاب، فإنّ الذمّی الوارد فی بعض الروایات قد فرض فی سؤال الراوی، کما فی موثقه سماعه وصحیحه الحلبی، فلا دلاله لمثلهما علی الاعتبار. وتقیید الإطلاق فی غیرهما، ولکنّه ذکر قیداً فی معتبره حمزه بن حمران، وهی أیضاً لا تصلح لتقیید الإطلاق فی غیرها، لما تقدم من أنّ الموجود غالباً بین المسلمین وأراضیهم هو الکافر الذمّی، فذکره لملاحظه الغالب.

الرابع: ظاهر کلام الماتن قدس سره أنّه یعتبر فی سماع شهاده الذمّی بوصیه المسلم فقد عدلین مسلمین، وأنّه إذا لم یجد الموصی المسلم عند وصیته مسلمین عدلین یجوز الاشهاد بالذمیین، فلاعبره فی جواز اشهادهما بالتمکن من المسلمین الفاسقین، ولکن المحکی عن العلامه فی التذکره انّه لو وجد مسلمین فاسقین فإن کان فسقهما بغیر الکذب والخیانه أنّهما أولی من أهل الذمّه، ولوکان فسقهما یتضمّن الکذب والخیانه فالذمّی أولی، ولو وجد مسلمان مجهولی العداله، فهما أولی من شهود أهل الذمّه، ومال إلیه فی المسالک علی ما قیل.

أقول: المسلم غیر المتحرز عن الکذب والخیانه یزید علی الکافر بشرف الإسلام،

ص: ۴۴۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحکام الوصایا، الحدیث ۷: ۳۹۲، والآیه فی المائده: ۱۰۶.

۲- (۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۸۷.

....

الشَرح:

والعدل فی الكافر ليس الاّ الأمانه والتحرز عن الكـذب، وسائر ما يعمل به ويتركه على زعمه فی دينه، ولكن هذا لا ينافی تقديم هـذا الكـافر على المسـلم المزبور فی مقام الشـهاده، تحفظاً بكرامه مقامها وكرامه العـدل، والعمـده فی المقام دعوى ظهور بعض الروايات فی أنّه لا تصل النوبه إلى اشهاد الكافر إلاّ مع فقد المسلم.

و فی صـحيحه هشام بن الحكم عن أبی عبـداللّه عليه السـلام فی قول اللّه عزّوجلّ: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: «إذا كان الرجل فی أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم فی الوصيه».(۱)

وفی موثقه سـماعه: «سـألت أباعبـداللّه عليه السـلام عن شـهاده أهـل الملّه، قـال: فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه».(۲)

ولكن لاـ اطلاق فی هـذه الروايات بالاضافه إلى المسـلم الفاسق، خصوصاً فی صـحيحه هشام الوارده فی السؤال عن المراد بالآيه المبـاركه، فانّهـا نـاظره إلى بيـان المراد من غيركم، وإنّه إنّماتصـل النوبه إلى اشـهاد الكافر مع عـدم التمكن على اشـهاد المسـلم بالوصيه، مع التحفظ على سائر الشهاده ومنها العداله.

وبالجمله: لا يستفاد منها كفايه شهاده مسلمين فاسقين.

نعم، لايبعد سـماع شـهاده المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لايحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعی، والوجه فی ذلک: انّ المسـلم العـدل لاـ يقصـر عن الكافر العـدل جزماً، وليس فی سـماع شـهادته مع الكافر العـدل خلاف التحفظ على كرامه مقام الشهاده لعدل المسلم.

ويبقى فی المقام ما ذكره الماتن قدس سره من ثبوت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البينه

....

الشَرح:

والاقرار، وقد ذكر فى المسالك: انّ كلاًّ من البينه ومعرفه الحاكم يستند إلى اقرار الشاهد لا محاله، لأنّ الإيمان أمر قلبى لا يمكن معرفته إلاّ باخبار الشخص بمعتقده، فالاقرار واسطه فى كل معرفه الحاكم وقيام البينه.

أقول: الإيمان المعتبر فى الشاهد وغيره وان كان أمراً قلبياً إلاّ أنّ له بروزاً بالآثار والعلامات، فيكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود وغيرهم بالاطلاع بتلك الآثار والعلامات نظير احراز العداله، بناءً على أنّها ملكه الطاعات، فلايلزم أن يتوسط فى علم الحاكم أو البيّنه اقرار الشخص بإيمانه.

ويبقى فى البين سؤال الفرق بين اخبار شخص بعد له واخباره بمعتقده، بقبول الثانى دون الأوّل، ويمكن تصحيح التفرقه بدعوى جريان السيره من المتشرعه على المعامله مع المقر معامله المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى اقراره، وهذه غير بعيده، ويؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربى كونه كتابياً.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضى بالحق المنصوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أكان خصمه من أهل ملّته أم من غيره، فيعتبر فى الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، ولايكون غير ذلك مدركاً وبيّنه فى ثبوتها.

وفى الجواهر نسب عدم سماع شهاده الكافر ولو على الكافر إلى المشهور، ولكن المنسوب إلى ابنى الجنيد وادريس بل الأصحاب، كما فى المختلف، جواز شهاده أهل كلّ ملّه على أهل تلك الملّه.

ويدلّ على ذلك موثقه سماعه المتقدمه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملّتهم»(١)، فى ذيلها: «فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنّه لايصلح ذهاب حق أحد»، ومقتضى ذيلها أنّه مع فقد

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴٠ من أبواب الشهادات، الحديث ۴:٢٨٧.

....

الشَرح:

الشاهد من أهل ملّته تقبل شهاده الكافر من غير ملّته فى الوصيه.

وبهذا يرفع اليد عن الاطلاق فى صحيحه الحلبى، قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام : هل تجوز شهاده أهل الذمّه على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غيرهم لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»(١)، بل التعليل كما ذكرنا بنفسه قرينه على كون الصحيحه ناظره إلى الشهاده بالوصيه.

ويمكن ان يستدلّ على سماع شهاده أهل كلّ مله على أهل تلك الملّه بصحيحه ضريس الكناسى قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن شهاده أهل ملّه هل تجوز على رجل من غير أهل ملّتهم؟ قال: لا، إلاّ أن لايوجد فى تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه».(٢)

فإنّ هذه الصحيحه وإن اشتملت على روايه الكلينى على لفظ مسلم فى قوله: «هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم»(٣)، إلاّـ أنّ قوله: «من غير أهل ملّتهم»، قرينه على زياده لفظ مسلم، ويظهر منها أنّ سماع شهاده أهل ملّه على أهل تلك الملّه كان مفروغاً عنه عند السائرين.

والمتحصل: أنّه لاوجه لرفع اليد عن الاطلاق فى موثقه سماعه وهكذا فى صحيحه ضريس على روايه الشيخ، أضف إلى ذلك ما تقدم من أنّ سماع شهاده أهل ملّه على أهل تلك الملّه مقتضى قاعده الإلزام، فما ذكره الماتن قدس سره من أنّ المنع أشبه لا يمكن المساعده عليه.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٨٧.

٢- (٢) التهذيب ۶: ٢۵٣.

٣- (٣) الكافى٧: ٣٩٩.

اشتراط العداله فی الشاهد

الرابع: العداله.

إذ لاطمأنینه مع التظاهر بالفسق [۱]، ولاریب فی زوالها بمواقعه الکبائر،

الشَرح:

[۱] قد علّل قدس سره اعتبار العداله فی الشاهد بأنّه لا اطمئنان بشهاده من تظاهربالفسق، ومن الظاهر عدم اختصاص ذلک بالتظاهر، بل یجری فی شهاده غیر العادل، تظاهربفسقه أم لا.

وعلی أیّ حال: تعتبر العداله فی الشاهد بلاخلاف معروف أو منقول، وان یتراءی من بعض الکلمات، الخلاف فی معنی العداله: فانّه قد ذکرسبحانه فی تحمّل الشهاده بالوصیه اعتبار استشهاد ذوی عدل من المسلمین، وإذا اعتبرت العداله فی الشاهد بالوصیه اعتبار استشهاد ذوی عدل من المسلمین، وإذا اعتبرت العداله فی الشاهد بالوصیه، مع أنّ أمرها هیّن للتوسعه فیها، وعلّل ذلک بأنّه لا یصلح ذهاب حق الوصیه من المسلم أو من کل أحد، کان اعتبارها فی الشاهد بغیرها أولی.

وفی صحیحه عبداللّه بن أبی یعفور، «قلت لأبی عبداللّه علیه السلام :بم تعرف عداله الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم وعلیهم؛ الحدیث».(۱)

وفی صحیحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال أمیرالمؤمنین علیه السلام : لابأس بشهاده المملوک إذا کان عدلاً».(۲)

وفی صحیحه عبدالرحمان بن أبی عبداللّه: «کان علی علیه السلام إذا کان أتاه رجلان یختصمان بشهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، أقرع بینهم علی أیّهما تصیر الیمین».

وفی صحیحه(۳) محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام : انّ علیاً علیه السلام قال: لا أقبل شهاده

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۸۸.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۱۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۵۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۵ : ۱۸۳.

كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه، وكذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب، أمّا لو كان في الندره، فقد قيل: لا يقدح لعدم الإنفكاك منها،

الشَرح:

الفاسق إلاّ على نفسه».(۱)

وفي صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «قلت لأبي عبداللّه عليه السلام مايردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل ذلك في الظنين»(۲)، إلى غير ذلك.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحه حريز عن أبي عبداللّه عليه السلام فيأربعه شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعدّل منهم إثنان ولم يعدّل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعه من المسلمين ليس يعرفون بشهاده الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأُقيم الحدّ على الذي شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم إلاّ أن يكونوا معروفين بالفسق».(۳)

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهاده من لايعرف بالفسق، ولعلّ مقتضى الجمع بينها وبين ما تقدم حمل تلك الروايه على أنّ المراد بالعداله في الشاهد عدم معلوميه فسقه.

ويقرب من صحيحه حريز ما رواه الصدوق باسناده عن العلاء بن سيابه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لايعرف بفسق».(۴)

۱- (۱) المصدر نفسه :الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۷:۲۹۱.

۲- (۲) المصدر نفسه :الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۷۴.

۳- (۳) المصدرنفسه:الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۸:۲۹۳.

۴- (۴) الفقيه ۳: ۴۸، الوسائل ۱۸، الباب ۵۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۳۰۵، التهذيب ۶:۲۸۴.

إلّا فيما يقلّ، فاشتراطه التزام للاشقّ، وقيل: يقدح لإمكان التدارك بالاستغفار، والأوّل أشبه.

الشَرح:

فإنّه يقال: الروايتان مع الغمض عمّا في الثانيه من المناقشه في سندها بعلاء بن سيابه وغيره، لايمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما في مقام المعارضه، فإنّ الروايات المتقدمه موافقه للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل في الشاهد بالوصيه، المقتضي اعتبارها في غيره على ما تقدم.

وقد تقدم في بحث القضاء ظهور عداله الشخص في دينه استقامته وعدم ميله عن الوظائف المقرره له في الشرع أو في الملكه المقتضيه للاجتناب عن الكبائروترك الاصرار على الصغائر، وقد ذكر في صحيحه عبداللّه بن أبي يعفور وغيرها طريقاً إلى احراز عداله الشخص المعبّر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحه وذيلها.

وفي موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبداللّه عليه السلام : من عامل الناس فلم يظلمهم وحدّثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروّته وظهر عدله ووجبت اخوّته.(۱)

ومن الظاهرأنّه لو كان المراد بالعداله عدم عرفان الشخص بالفسق، فلايحتاج إلّا إلى احراز اسلامه وإيمانه، أي كونه اثني عشرياً على ما تقدم في اشتراط الإسلام والإيمان، وقد ذكر في الروايات عدم كفايه إسلام الشخص في قبول شهادته، بل يعتبر احراز الخير منه.

وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبداللّه عليه السلام : «لوكان الأمر إلينا لأجزنا شهاده الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس»(۲)، وفي صحيحته

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵۲ من أبواب العشره.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۸:۲۹۱.

....

الشَرح:

الأُخرى: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده ثم يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما»(۱)، وقد تقدم نقل الروايتين وغيرهما.

والمتحصّل: إنّه لاينبغى التأمّل فى اعتبارالعداله فى الشاهد، وقد تقدّم فى بحث القضاء انّ ظاهرالعداله استقامه الشخص فى دينه وعدم عدوله عن وظيفته الشرعيه.

وقد ذكروا انّ ارتكاب الكبيره تقطع العداله وكذا الصغيره مع الإصرار، والمراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبه، سواءٌ كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأُخرى.

وفى موثقه سماعه قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا تستكثروا كثير الخير ولا تستقلّوا قليل الذنوب، فإنّ قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيراً، وخافوا اللّه فى السرّ حتى تعطوا من أنفسكم النصف».(۲)

وفى صحيحه زيد الشحام قال: «قال أبو عبداللّه عليه السلام : اتّقوا المحقرات من الذنوب فإنّها لا تغفر، قلت: وما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لى ان لم يكن لى غير ذلك».(۳)

وفى صحيحه أبى بصير قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا واللّه لايقبل اللّه شيئاً من طاعته على الإصرار على شىء من معاصيه».(۴)

وفى روايه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا صغيره مع الإصرار ولاكبيره

۱- (۱) المصدر نفسه :الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۸۵.

۲- (۲) المصدرنفسه: ۱۱، الباب ۴۳ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳و۱: ۲۴۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهادالنفس، الحديث ۱و۳:۲۶۸.

....

الشَرح:

مع الاستغفار».(۱)

بل ظاهر خبر جابر عن أبی جعفر علیه السلام انّ الاصرار یتحقّق أن یذنب الذنب ولایتوب، فانّه روی عن أبی جعفر علیه السلام فی قول اللّه عزّوجلّ:«وَلَمْ یُصِرُّوا عَلَی مَا فَعَلُوا وَهُمْ یَعْلَمُونَ» قال: «الإصرار أن یذنب الذنب فلایستغفر اللّه ولایحدث نفسه بالتوبه فذلک الاصرار».(۲)

والحاصل: انّ المنسوب إلی المشهور قدیماً وحدیثاً انّ العداله لاتنقطع بارتکاب الصغیره بلا اصرار وتنقطع معه، وقیل: بانقطاعها مع عدم تدارکها بالتوبه.

وذکر الماتن قدس سره إنّ ما علیه المشهور هو الأشبه، وذکر فی وجهه: انّه لو کان ارتکابها قادحاً لکان أمر الإشهاد بالدعوی واقامه البینه أمراً حرجیّاً، لعدم انفکاک الشخص عن ارتکاب الصغیره أحیاناً إلّا فیمایقلّ من حال أو زمان، وعن ابن ادریس قدحها فی العداله وتتدارک بالتوبه کالکبیره.

وردّه فی الجواهر بأنّ احراز التوبه یحتاج إلی زمان طویل، ونَقل عن العلّامه بأنّ من شرط التوبه قصد عدم العود أبداً ولا یتحقق هذا القصد من الانسان غالباً، وفی صحیحه ابن أبی یعفور اقتصر علی اجتناب الکبائر فی بیان العداله.(۳)

أقول: کما ذکرنا ظاهر عداله الشخص استقامته فی دینه بالعمل بوظائفه وترکه المحذورات یعنی المحرّمات ، وتقسیم المعاصی بالکبیره والصغیره لایرجع إلی أمر العداله بل یرجع إلی مسأله وعد العفو بلا توبه بالاضافه إلی الجزاء بالعقاب، ولو فرض العلم بأنّ الشخص یرتکب فی غالب أحواله أو بعضها الصغیره، فهذا لا یمنع

۱- (۱) المصدر نفسه: الحدیث ۴: ۲۶۸، والآیه فیآل عمران:۱۳۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۸۸.

....

الشَرح:

عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبه، حيث انّ حسن الظاهرطريق إلى عدالته فمجرّد احتمال توبته مع حسن الظاهر كافٍ فى قبول شهادته ولايحتاج إحراز عدالته إلى مضى زمان طويل.

وأمّا ما ذكره العلّامه قدس سره من عدم تحقق التوبه غالباً لدخاله قصد عدم العود، فلا يمكن المساعده عليه، فإنّ التوبه عن ذنب تتحقق بالبناء فعلًا واقعاً على عدم العود، وعدم العلم بالعود مستقبلًا لا ينافى البناء الفعلى، ولا يتوقف على العلم بعدم العود، وما ذكر فى صحيحه ابن أبى يعفور غيرظاهر فى اعتبارالملكه المعروفه كما ذكرنا.

والحاصل: إذا كانت العداله هى الاستقامه فى الدين كما هو ظاهر العدل فى دينه، فالمعصيه ولو بارتكاب أىّ محرّم يوجب ارتفاعها وتعود بالتوبه عنه، فإنّ الارتكاب ميل عن الاستقامه والتوبه رجوع إليها.

نعم، لو كانت العداله الملكه الباعثه على ملازمه التقوى، من ترك المحرّمات وفعل الواجبات، فلا يقدح فيها مجرّد ارتكاب كبيره احياناً، حيث انّ الملكه تجتمع مع ذلك الارتكاب.

وبالجمله: تقسيم المعاصى إلى الكبيره والصغيره، بالإضافه إلى كون الاجتناب عن الأُولى مكفّره عن الثانيه مع عدم الإصرار، لا بالاضافه إلى عدم القدح فى العداله.

لاـ يقال: الالتزام بوجوب التوبه فى مطلق المعاصى وانّ المكلّف بها يرجع إلى الاستقامه، يناسب كون وجوبها مولويّاً، وأمّا إذا كان وجوبها ارشادياً وللتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعيّن الالتزام بعدم قدح الصغيره بلا إصرار بعداله الشخص فيما كان مجتنباً عن الكبيره وغير مصرّ على الصغيره، وظاهر ما ورد فى لزوم التوبه عن المعاصى والذنوب كون وجوبها ارشادياً، كما هو مقتضى أنّ جعل

..... .

الشَرح:

التوبه باباً من مقتضی رحمته علی عباده، وظاهر ما ورد فیه: انّ العبد إذا لم یتب یکتب علیه بعد الإمهال السیّئه التی ارتکبها لاسیئتین.

وفی صحیحه عبدالصمد بن بشیر عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «العبد المؤمن إذا أذنب ذنباً أجّله اللّه سبع ساعات، فإن استغراللّه لم یکتب علیه شیء، وإن مضت الساعات ولم یستغفر کتب علیه سیئه.(۱)

وفی موثقه مسعده بن صدقه عن أبی عبداللّه علیه السلام عن أبیه: «ما من مؤمن یذنب ذنباً إلاّ أجّله اللّه سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم یکتب علیه شیء وإن هو لم یفعل کتب علیه سیئه».(۱)

و علی ذلک، فمع عدم کتابه الذنب لکون مرتکبه مجتنباً عن الکبائر وغیر مصرّ علی الصغائر، فلا یکون علیه توبه.

فإنّه یقال: نعم، التوبه کما ذکر، وظاهر بعض الروایات إنّ وجوبها ارشادی، ولکن هذا لاینافی ان تجب علی مکلّف یکون مجتنباً عن الکبیره والإصرارعلی الصغیره، لأنّ النفس لا تدری ماذا تکسب غداً، فلعلّه ابتلی بکبیره ولم یوفق بالتوبه عنها، ویلزم فی احراز کونه عدلاً فی دینه التوبه من صغیره ارتکبها، کما هو ظاهر الأمر بالتوبه من الذنوب والاستغفار عنها وإن کلّ ذنب عظیم.

ثمّ إنّ ظاهر صحیحه عبدالعظیم الحسنی(۳) وغیرها ممّا ورد فی تعیین الکبائر، أنّها معاصی مخصوصه وقد وعداللّه سبحانه فی کتابه العزیز، العفو عن عقوبه غیرها مع الاجتناب عنها وترک الإصرارعلی غیرها.

۱- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۲:۲۵۲.

و ربّما توهّم واهم: انّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلاّ مع الإحباط[۱]، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن اطلاقها بالنسبه، ولكل فريق اصطلاح.

الشَرح:

وفى صحيحه محمد بن أبى عمير المروى فى كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر عليهماالسلام يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر إلى أن قال: قال النبيّ صلى الله عليه و آله : لا كبير مع الاستغفار ولاصغير مع الإصرار.(۱)

وظاهر الإصرار على الصغيره الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، وما فى روايه جابر(۲) هو، أن يذنب فلا يستغفر اللّه ولايحدث نفسه بالتوبه الصادق مع عدم تكرارها، لايمكن الالتزام به، لضعفها سنداً ولاستلزامه عدم الفرق بين الصغيره والكبيره، ومع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداع بعد التكرار.

[۱] وفى مقابل القول بتقسيم المعاصى إلى الكبائر والصغائر، قول بأنّ كل المعاصى كبيره واطلاق الصغيره على بعضها بالاضافه إلى بعضها الأُخر بحسب الوزر، وقول ثالث بأنّ اطلاق الصغيره على معصيه مبنى على الإحباط، فكل معصيه أحبطتها الطاعه فهى صغيره وكل طاعه أحبطها المعصيه فهى كبيره، ولايخفى ما فى كل من القولين لمخالفتهما لظاهر الآيه والروايات.

نعم، فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام الوارده فى القنوت فى صلاه الوتر: واستغفر لذنبك العظيم، ثمّ قال: وكل ذنب عظيم».

لكنها لاتنافى الآيه ولاسائر الروايات، لأنّ تقسيم المعاصى إلى الكبيره والصغيره بالاضافه إلى العفو عن عقوبتها الأُخرويّه بنحو الوعد، بمعنى انّ من مضى من الدار الغرور وليس عليه وزر الكبيره ووزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين،

۱- (۱) المصدر نفسه :الباب ۴۷ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱۱:۲۶۶.

۲- (۲) المصدر نفسه:الباب ۸۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۴:۲۶۸.

ولا يقدح فى العداله ترک المندوبات، ولو أصرّ مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنن[۱].

الشَرح:

وعدهم اللّه سبحانه عفوه عن أوزار سائر معاصيه.

وأمّا بالاضافه إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلاصغيره، بل على الانسان أن يرتدع ويتوب إلى بارئه ففى مقام الاستغفار كلّ ذنب عظيم كما مرّ.

بقيأمر، وهو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيره ومع عدم الإصرار بنحو الوعد، وأمّا العفو عن الكبائر والإصرارعلى الصغائر بلاتوبه فهو أمر يرجى ولاييأس من روح اللّه وغفرانه وتقع الشفاعه من أولياء اللّه من الأنبياء والرسل والأوصياء والشهداء والصالحين، وفى مقدمتهم نبينا الأكرم صلوات اللّه وسلامه عليه وأهل بيته المعصومين صلوات اللّه وسلامه عليهم أجمعين إلى أبد الآبدين اللّهم اجعلنا ممّن ينال رحمتک وشفاعتهم، آمين ياربّ العالمين.

وما ذكر من العفو فى الكبائر ولكن لا ـ بنحو الوعد لا ـ يجرى فى معصيه الشرک و الكفر، فإنّ اللّه سبحانه لا يغفر للمشرک والكافر إلّا أن يتوب، قال عزّ من قائل:«إِنَّ اللّهَ لاَ يَغْفِرُ أَن يُشْرَکَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذلِکَ لِمَن يَشَاءُ».(۱)

[۱] العداله سواء قيل بأنّها الاستقامه فيأمر الدين وعدم الانحراف عن الوظائف الشرعيّه، أو بملكه الاجتناب عن المحرّمات والإتيان بالواجبات، لاتنافى ترک المستحبات وفعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار والإصرار.

وقد قيّد ذلک فى كلمات جمله من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبه التهاون، وفى

۱- (۱) النساء: ۱۱۶.

....

الشَرح:

التقييد شيء من التأمّل ، فإنّه إن كان المراد التهاون العملی بمعنی عدم الاعتناء بامتثالها، فقد ذكرنا أنّه لا ينافيها، وإن كان بمعنی الاستخفاف، نظير ما ورد فی الاستخفاف بالصلاه فهو عباره أُخری عن التهاون العملی.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض وانكارللأمر بتلك الأفعال أو النهی بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعاذنا اللّه من شرور النفس وآفات الغرور.

ثمّ إنّه قد ذكربعض الأصحاب إنّ ترك المروّه قادح بالعداله، ولم يتعرض الماتن قدس سره لذلك، ولعلّه لعدم كونه قادحاً عنده، وقد يفسّر المروه ان يسير الإنسان فی الناس بسيره أمثاله من رعايه الأدب والرسوم والاجتناب عمّا يشين عندهم، وكأنّ العداله يعتبر فيها مضافاً إلی ما تقدم لا يجعل الانسان نفسه بحيث يسخر و يضحك أو يشمئز منه.

ولكن لايخفی انّ الاعتبار ما لم يكن فی البين عنوان محرّم ينطبق علی تركها لادليل عليه.

نعم، قد ورد فی بعض الأخبار الحث علی المروه، ولكن المراد منها غير ما ذكر فی المقام، حيث انّ ظاهرها فيها حسن المعاشره مع الناس.

وقد ورد فی موثقه سماعه: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن كملت مروته وظهرت عدالته»(١)، فإنّ ظاهرها أن نفس ما ذكره فيها مروه وكاشف عن عداله الشخص.

وقد استدل فی الجواهر علی اعتبار المروه بالمعنی المتقدم بفحوی ما ورد فی ردّ شهاده السائل بكفّه، وان تارك المروه يدخل فی الظنين، الوارد فی صحيحه عبداللّه ابن

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴١ من أبواب الشهادات، الحديث ١۵:٢٩٢.

وهنا مسائل:

الأولى: كل مخالف فى شـیء من أُصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند فی ذلک إلی التقلید أو إلی الاجتهاد[۱]، ولاتردّ شهاده المخالف فی الفروع من معتقدی الحق، إذا لم یخالف الاجماع، ولا یفسق و إن کان مخطئاً فی اجتهاده.

الشَرح:

سنان وغیرها(۱) ردّ شهادته و شهاده المتهم.

أقول: الفحوی غیر تـام، فـإنّ السائل الـذیتردّ شـهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخـذ السؤال حرفه کما هو المنصـرف إلیه من اطلاق السائل بـالکف، ویقتضـیه ما ورد فی صـحیحه محمـد بن مسـلم من قوله علیه السـلام : «أنّه لا یؤمن علی الشـهاده لأنّه ان أعطی رضی وان منع سخط»(۲)، فیدخل هو فی الظنین، ولا یجریذلک فی ترک المروه، ولایدخل تارکها فی الظنین.

[۱] ذکروا انّ المخـالف فی الاعتقادیّات المعبّر عنهـا بالأُصول لا یعـذر فلا تقبل شـهادته، ولکن المخالفه فی الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدح فی العداله فی غیر المسلّمات أو موارد الإجماع.

قال فی المسالک ما حاصـله: إنّ المراد بالمخالفه فی الأُصول المخالفه فی التوحیـد والعدل والنبوّه والإمامه والمعاد، وأمّا فروعها من المعـانی والأحوال وغیرهمـا من فروع علم الکلام فلاتکون المخالفه فیها موجبه للقـدح فی العـداله، فإنّ تلک المسائل ظنیه والاختلاف فیها بین علماء فرقه واحـده کثیر، وقـد عـدّ بعض العلماء جمله ممّا وقع الخلاف فیها بین السـید وشـیخه المفید قدّس سرّهما فبلغ نحواً من مائه مسأله، وأمّا المخالفه فی الفروع فهی لا تقدح فی العداله لأنّها مسائل اجتهادیه تبتنی علی الأدلّه

۱- (۱) المصدر نفسه:الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۷۴.

۲- (۲) المصدر نفسه :الباب ۳۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲:۲۸۱.

الثانیه: لا تقبل شهاده القاذف [۱]، ولو تاب قبلت، وحدّ التوبه أن یکذّب نفسه، وإن کان صادقاً ویورّی باطناً، وقیل: یکذّبها إن کان کاذباً، ویخطئها فی الملاء إن کان صادقاً،

الشَرح:

الظنیه، فما دام لم تکن المخالفه فیها من مخالفه اجماع المسلمین أو إجماع الإمامیه بحیث یعلم من المجمع علیه قول المعصوم علیه السلام لتکون المخالفه ردّاً لهم، لا تقدح فی العداله.

أقول: فی کلّ ممّا ذکره فی الأُصول والفروع ما لایخفی، فإن طرح ظهور الآیه واخراجها علی خلافه بالتأویل والرأی بلا شاهد معتبر تفسیر لها بالرأی، فیکون قادحه فی عدالته للنهی، سواء تعلق الآیه بالأُصول أو بغیرها، وکذا طرح الروایات المعتبره بالاستحسان والقیاس والفتوی علی طبقهما.

[۱] لا تقبل شهاده القاذف فیما إذا لم یثبت ما رمی الغیر به بالبینه أو اقرار المقذوف أو باللعان، بلاخلاف معروف أو منقول، یقول اللّه سبحانه: «وَالَّذِینَ یَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِینَ جَلْدَهً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَهً أَبَداً وَأُولئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إلاَّ الَّذِینَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذلِکَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِیمٌ»(۱)، والمراد من المحصنات غیر المشهورات بالزنا، فإنّ مقتضی الآیه وغیرها من الروایات أنّ مع عدم ثبوت ما رمی الغیر به یکون عمله افتراءً محرّماً، فلا تقبل شهادته إلاّ إذا تاب وأصلح، کما فی ذیل الآیه، وفی بعض الروایات حتی إذا تاب وعلم منه خیر.

وفی صحیحه أبی الصباح الکنانی قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن القاذف بعد ما یقام علیه الحد ما توبته؟ قال: یکذّب نفسه، قلت: أرأیت إن أکذب نفسه وتاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم».(۲)

۱- (۱) النور:۵ ۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱و۳:۲۸۲.

والأوّل مروّى، وفى اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردّد، والأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه، ولو أقام بينه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلاحدّ عليه ولاردّ.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أميرالمؤمنين عليه السلام : ليس يصيب أحد فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته».(۱)

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذّب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك».(۲)

وفى معتبره القاسم بن سليمان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثمّ يتوب ولا يعلم منه إلاّ خير، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين اللّه ولا تقبل شهاده أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب و لم يعلم منه إلاّ خير جازت شهادته».(۳)

وبهذا يظهر الحال فى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على قال: «ليس أحد يصيب حداً فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته إلاّ القاذف، فإنّه لا تقبل شهادته انّ توبته فيما كان بينه وبين اللّه تعالى»(۴)، فانّ هذه تحمل على التقيه، والتوبه المزبوره فى نفسها إصلاح ومع استمرارها لا يحتاج فى قبول شهادته إلى أمر آخر بقرينه المعتبره.

ثمّ إنّ التوبه فى القذف كما هو ظاهر صحيحه عبداللّه بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، واعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء

الثالثه: اللعب بآلات القمار كلّها حرام[۱]، كالشطرنج والنرد والأربعه عشر وغير ذلک، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

الشَرح:

أجری علیه الحدّ أم لا، فلا یعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبه المقذوف بحقّه، فیکفی الإکذاب عند أُناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف.

ویکفی أیضاً فی الإکذاب أن یقصد الکذب فی الآیه الشریفه، بأن یقول: کذبت، وأراد الکذب فیها.

وما قیل من أنّه مع کذبه واقعاً یقول: کذبت، ومع صدقه یقول: أنا خاطئ لا أعود إلی ما قلت، لا یمکن المساعده علیه. بل فیه نوع إعاده للقذف، کما لایخفی.

[۱] المشهور بین الأصحاب حرمه اللعب بآلات القمار ولو لم یکن اللعب بنحو القمار، بأن لایکون فی البین رهان ویکون اللعب لمجرد اللهو المعبّر عنه فی لغه الفرس ب(خوشی وسرگرمی)، أو یکون اللعب بلا رهان للحذق وتقویه الفکر، ویستدل علی ذلک باطلاق النهی عن اللعب، وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «نهی رسول اللّه صلی الله علیه و آله عن اللعب بالشطرنج والنرد».(۱)

وفی صحیحه حماد بن عیسی قال: «دخل رجل من البصریین علی أبی الحسن الأوّل علیه السلام فقال له: جعلت فداک إنی أقعد مع قوم یلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولکن أنظر فقال: ما لک ولمجلس لا ینظر اللّه إلی أهله».(۲)

فإنّ مقتضی الإطلاق فی المعتبره وترک الاستفصال فی الصحیحه عن الرهان وعدمه حرمه اللعب بهما.

وفی صحیحه معمر بن خلّاد عن أبی الحسن علیه السلام قال: «النرد والشطرنج وأربعه

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۹:۲۳۸.

۲- (۲) المصدر نفسه :الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱:۲۴۰.

الرابعه: شارب المسکر تردّ شهادته[۱] ویفسق، خمراً کان أو نبیذاً أو تبعاً أو منصـفاً أو فضیخاً، ولو شرب منه قطره، وکذا الفقاع، وکذا العصـیر إذا غلی من نفسه أو بالنار ولولم یسـکر، إلاّ أن یغلی حتی یذهب ثلثاه، وأمّا غیر العصیر من التمر أو البسر، فالأصل أنّه حلال ما لم یسکر، ولا بأس باتخاذ الخمر للتخلیل.

الخامسه: مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب یفسق فاعله[۲] وتردّ شهادته،

الشَرح:

عشر بمنزله واحده، وکل ما قومر علیه فهو میسر».(۱)

وفی موثقه مسعده بن زیاد عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّه سُئل عن الشطرنج فقال: «دعوا المجوسیه لأهلها لعنها اللّه».(۲)

ومن البعید جداً أن یسأل مسعده عن القمار بالشطرنج أو بغیرها.

وبالجمله: دعوی الإنصراف فی النهی إلی صوره الرهان فی اللعب بلا وجه، بل لا یحتمل ذلک فی بعضها ولو موهوماً.

نعم، یمکن دعوی أنّ النهی مع عدم الرهان بنحو الکراهه لا التحریم، و فی صـحیحه علی بن رئاب قال: «دخلت علی أبی عبداللّه علیه السـلام فقلت له:جعلت فـداک مـا تقول فی الشـطرنج؟ قـال: المقلّب لهـا کالمقلّب لحم الخنزیر، قلت: ما علی من قلّب لحم الخنزیر؟ قال: یغسل یـده»(۳)، فیمکن أن یـدعی ظـاهر هـذه عـدم حرمه مجرّد اللعب واللعب به کـاللعب بلحم الخنزیر، ولکنّه لا یخلو عن تأمّل.

[۱] فإنّ شارب المسـکر محکوم بالفسق ولاتقبل شهاده الفاسق، وکذا الأمر فی شارب الفقاع والعصیر بعد غلیانه بالنار أو بغیره ما لم یذهب ثلثاه وبقی ثلثه.

[۲] ظاهر کلامه قدس سره إنّ الغناء من الکبائر وکذا الاستماع إلیه، فیکون فاعله

۱- (۱) المصدرنفسه:الباب ۱۰۴ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱:۲۴۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۷:۲۳۸.

۳- (۳) المصدرنفسه: الباب ۱۰۳ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۳:۲۴۰.

وكـذا مسـتمعه، سواء اسـتعمل فى شـعر أو قرآن، ولا بأس بالحداء به، ويحرم من الشـعر ما تضـمن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيباً بامرأه معروفه غير محلّله له، وما عداه مباح، والإكثار منه مكروه.

السادسه: الزمر والعود والصـنج، وغير ذلك من آلات اللهو حرام[١] يفسق فاعله و مسـتمعه، ويكره الدف فى الأملاك و الختان خاصه.

الشَرح:

ومسـتمعه محكومـاً عليه بـالفسق بمجرّد الارتكـاب، كمـا أنّ ظاهر كلامه أنّ الغناء اسم لكيفيه الصوت فى القراءه وتأديه الكلام، وتلـك الكيفيه مـدّ الصوت بحيث يشـتمل على الترجيع وترديـده فى الحلق، بحيث يكون ذلك المـدّ بـذلك الترجيع مطرباً، أى مقتضياً لحاله للنفس يعبّر عنها بطرب النفس وخفّتها، كما يجدها الإنسان فى نفسه بشده الحزن أو الفرح.

وحيث إنّ حصول تلـك الحـاله خصوصـاً فى المسـتمع لاـ تكون بمجرّد الكيفيّه المزبوره، بـل يعتـبر فى حصولهـا حسن الصوت ونحوه، فيكون المراد كون تلك الكيفيه مقتضياً للطرب، فإنّه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت ونحوه دخيلاً فى صدق الغناء.

وقد تكلّمنا فى المسأله فى المكاسب المحرمه من ارشاد الطالب بما فيه كفايه، فليراجع.

[١] ذكر قـدس سـره انّ اسـتعمال آلات اللهو فى اللهو حرام يفسق فاعله ومسـتمعه، وهو كالغناء من المعاصـى الكبيره، وقـد نفى الخلاف عن حرمه كل من استعمالها و الاستماع إليه.

ويـدلّ عليه معتبره السـكونى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: قال رسول اللّه صـلى الله عليه و آله : «أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات»(١)، وفى موثقه اسحاق بن جريرقال:

۱- (۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۰ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۶و۱:۲۳۳.

السابعه: الحسد معصيه [١]، وكذا بغضه المؤمن، والتظاهر بذلك قادح فى العداله.

الشَرح:

«سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: انّ شيطاناً يقال له القفندر إذا ضرب فى منزل رجل اربعين صباحاً بالبربط ودخل الرجل وضع ذلک الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثمّ نفخ فيه نفخه فلا يغار بعدها حتى تؤتى نساؤه فلا يغار».(١)

إلى غير ذلک من الروايات الكثيره المؤيّده للحرمه، لضعف اسنادها، إن لم يدعى الوثوق بصدور بعضهاعن المعصوم لكثرتها، أو يلحق بما يعتمد عليها هذا بالاضافه إلى الاستعمال.

وأمّا بالاضافه إلى الاستماع، ففى موثقه مسعده بن زياد قال: «كنت عندأبى عبداللّه عليه السلام فقال له رجل: بأبى أنت وأُمّى إنى أدخل كنيفاً ولى جيران عندهم جوار يتغنّين ويضربن بالعود، فربّما أطلت الجلوس استماعاً منّى لهنّ، فقال: لاتفعل إلى أن قال: قم فاغتسل وصلّ ما بدالک فانّک كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوأ حالک لومتّ على ذلک احمد اللّه وسئله التوبه من كلّ مايكره فانّه لايكره إلاّ كلّ قبيح والقبيح دعه لأهله فإنّ لكلٍّ أهلاً».

وماذكر قدس سره من الاستثناء فى الأملاک والختان لا يمكن المساعده عليه، فإنّه لا موجب لرفع اليد عن ما دلّ على حرمه كلّ من الاستعمال والاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالاضافه إلى الغناء فى الأعراس، وبالاضافه إلى الحداء كلام ذكرناه فى ارشاد الطالب، والعجب من الماتن كره الدف فى الأملاک يعنى العرس والختان مع عدم دليل على التخصيص إلاّ فى الغناء كما مرّ.

[١] فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أُصول الكفر ثلاثه: الحرص والاستكبار والحسد»(٢)، وفى صحيحه محمد بن مسلم: «ان الحسد ليأكل الإيمان كما

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ .

٢- (٢) الوسائل: ١١، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢ و ١ : ٢٩۴.

الثامنه: لبس الحرير للرجال فی غير الحرب اختياراً محرّم[۱] تردّ به الشهاده، وفی المتّکأ عليه والافتراش له تردّد، والجواز مرویّ، وکذا يحرم التختّم بالذهب والتحلّی به للرجال.

التاسعه: إتّخاذ الحَمَام للأنس، وانفاذ الکتب ليس بحرام، وان اتخذها للفرحه والتطيّر فهو مکروه، والرهان عليها قمار.

العاشره: لا تُردّ شهاده أحد من أرباب الصنائع المکروهه[۲]، کالصياغه وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدنيّه کالحياکه والحجامه، ولو بلغت فی الدّناءه کالزبّال والوقّاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلی تقواه.

الشَرح:

تأکل النار الحطب».(۱)

وفی معتبره حمزه بن حمران عن أبی عبدالله عليه السلام : «ثلاثه لم ينج منها نبی فمن دونه: التفکر فی الوسوسه فی الخلق والطيره والحسد، إلاّ أنّ المؤمن لا يستعمل حسده».(۲)

وبالجمله: استعمال الحسد باظهاره ببغض المؤمن وايذائه واهانته وغير ذلک محرّم قادح فی العداله، کما هو مقتضی ما ورد فی ذلک من الروايات الکثيره المتفرقه فی أبواب جهاد النفس والعشره.

[۱] علی ما ذکر التفصيل فی بحث لباس المصلی.

[۲] لإطلاق ما دلّ علی قبول شهاده العدل والأمر بالاستشهاد به، فإنّ الاشتغال والتکسّب بالصناعات المکروهه لا ينافی العداله، ومثله الاشتغال بالصنائع الدنيّه کالزبال والوقاد، ودعوی منافاتها للمروه مطلقاً أو فی بعض الناس لا يمکن المساعده عليها، لعدم اعتبار عدم ارتکاب خلاف المروه فی العداله علی ما تقدم، مع انّ الاشتغال بما هو دنی عند الناس بحسب الکسب لايعتبر من خلافها.

۱- (۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱۲ .

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۸: ۲۹۳.

عدم سماع الشهاده فی موارد التهمه

الخامس: ارتفاع التهمه[١].

الشَرح:

[١] یعتبر فی سماع الشهاده ارتفاع التهمه فی شهاده الشاهد، والظاهر عدم الخلاف فی الاشتراط فی الجمله، وحیث إنّ مجرّد عود النفع إلی الشاهد بوجه لایوجب ردّ شهادته مطلقاً، تعرض الماتن قدس سره للموارد التی تکون التهمه موجبه لعدم السماع.

وعدّ منها شهاده الشریک فیما هو شریک فیه، کما إذا ادّعی أحد الشریکین علی آخر أنّه قد اشتری منه العین الفلانیه وأقام شریکه شاهداً بشراءه، ویشهد لذلک روایات، منها: موثقه سماعه قال: «سألته عمّا یردّ من الشهود، قال: المریب والخصم، والشریک، ودافع مغرم، والأجیر، والعبد والتابع والمتهم، کلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم».(١)

وظاهرها کون الشریک قسیماً للمتهم، ولم یقیّد عدم قبول شهاده الشریک فیما فیه الشرکه، ویمکن أن یدعی انصرافها إلی ذلک، نظیر عدم قبول شهاده العبد فإنّ شهادته لمولاه لاتقبل، ولکن اثبات الانصراف مشکل.

وعلی فرض الإطلاق یرفع الید عن اطلاقه بما رواه الصدوق قدس سره فی الصحیح عن أبان یعنی أبان بن عثمان قال: سئل أبوعبداللّه علیه السلام عن شریکین شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلاّ فی شیء له فیه نصیب»(٢)، قد رواه الشیخ(٣) قدس سره عن أبان عمّن أخبره عن أبی عبداللّه علیه السلام ، إلاّ أنّه لا یضرّ الإرسال بحسب نقله، حیث یمکن تعدد سماع أبان، بأن سمع الحکم من الإمام علیه السلام وقبله عمّن رواه عنه علیه السلام ، ونظیر ذلک غیر عزیز.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحدیث ٣:٢٧٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحدیث ٣:۴۴٠.

٣- (٣) التهذیب ۶: ٢۴۶، الاستبصار٣:١۵.

....

الشَرح:

وعلى ذلك كما يرفع اليد بروايه أبان عن اطلاق ما ورد فى عدم قبول شهاده الشريك لشريكه كذلك يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على سماع شهاده الشريك لشريكه، كمعتبره عبدالرحمان يعنى عبدالرحمان بن أبى عبداللّه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن ثلاثه شركاء ادّعى واحد وشهد الإثنان، قال: يجوز»(۱)، ولكن فى روايه الكلينى عن عبدالرحمان بن أبى عبداللّه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن ثلاثه شركاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما».(۲)

وربّما يقال: إنّ الراوى عن عبدالرحمان بن أبى عبداللّه فى كلا السندين أبان ابن عثمان، ومع تعارض النقلين لا يعلم أنّ الروايه عبدالرحمان ما رواه كلينى أو الشيخ قدّس سرّهما .

أقول: اجمال هذين النقلين لا يضرّ بالحكم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحيحه أبان المرويّه فى الفقيه، مع أنّه يحتمل ثبوت كلا النقلين عن عبدالرحمان لتعدّد سماعه عن الإمام عليه السلام ، ونظيره أيضاً فى رواياتنا موجود، ومعه يرفع اليد عن اطلاق كلّ منهما بقرينه صحيحه أبان.

ثمّ إنّه قد يستدل على عدم قبول شهاده الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه و غيره ممّن يأتى ذكرهم بروايات:

منها: صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام مايردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين والمتهم، قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين».(۳)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۴:۲۷۲، التهذيب ۶:۲۴۶، الاستبصار۳:۱۵.
۲- (۲) الكافى۷:۳۹۴.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۳:۲۷۴۵.

ویتحقق المقصود ببیان مسائل:

الأولی: لاتقبل شهاده من یجرّ بشهادته نفعاً: کالشریک فیما هو شریک فیه وصاحب الدین إذا شهد للمحجور علیه[۱]،

الشَرح:

ومنها صحیحه عبید اللّه بن علی الحلبی قال سئل ابو عبد اللّه علیه السلام عمّا یردّ من الشهود، فقال: الظنین والمتهم والخصم، قال، قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال هذا یدخل فی الظنین(۱). وصحیحه ابی بصیر قال سألت ابا عبد اللّه علیه السلام ما یردّ من الشهود؟ فقال: المتهم والظنین والخصم.(۲)

بدعوی أنّ المراد بالظنین المتهم فی دینه، بقرینه إدخال الخائن والفاسق فیه، فیکون المراد بالمتهم المتهم فی الواقعه المرفوعه إلی القاضی، کالشریک فی شهادته فیما هو شریک فیه، وعطف الخصم علی المتهم من قبیل عطف الخاص علی العام، حیث إنّه یدخل أیضاً فی المتهم فی الواقعه.

وبالجمله: انّ عطف المتهم علی الظنین أو بالعکس لیس من عطف التفسیر، ولذا ذکر سلام الله علیه دخول الفاسق والخائن فی الظنین لا فی المتهم والظنین.

أقول: یمکن أن یکون المراد بالظنین المتهم فی دینه، ولذا یدخل فیه الفاسق والخائن، والمراد بالمتهم المتهم فی قوله، ولذا یجعل الخصم قسیماً له کالشریک، وقد ذکر المتهم فی مقابل المریب فی موثقه سماعه المتقدمه.

وبالجمله لم یحرز مع عدل الشریک دخوله فی المتهم وإنّمایحرز دخوله فی الخصم.

[۱] إذا ادّعی المدین المحجور علیه علی الغیر مالاً، سواء کان ذلک المال عیناً بید الغیر أم دیناً بعهدته، وأقام المدّعی المحجور علیه من دیّانه شاهدا أو شاهدین بدعواه علی ذلک الغیر، فلا تسمع شهاده الدیّان وإن کان الشاهد منهم عدلاً، والوجه فی عدم

والسيد لعبده المأذون[١]، والوصی فیما هو وصیّ فیه.

الشَرح:

السماع انّ الديّان فی الفرض یحسبون من خصوم المدعی علیه لتعلّق حقّهم بأموال المحجور علیه.

نعم، إذا لم یکن المدین محجوراً علیه و ادّعی علی آخر المال، سواء کان عیناً أم دیناً فلابأس بأن یقیم المدین داینه شاهداً بدعواه، فإنّه تقبل شهادته بدعواه، حتی إذا کان المدین معسراً، فإنّ الدائن فی الفرض لا یتعلّق حقّه بمال المدین وإنّمایکون له المطالبه بدینه لابالمال الذی یدّعی المدین علی الغیر حتی فی صوره اعساره.

وبالجمله: فلا یدخل الدائن فی عنوان الخصم فی دعوی المدین علی الغیر حتی لا تقبل شهادته.

[١] والوجه فی عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو أنّ للمولی الولایه فی ماله، فیکون مولاه خصماً فی دعواه علی الغیر.

وممّا ذکرنا یظهر الحال فی شهاده الوصی فیما هو وصی فیه، فإنّ الوصی فی الفرض یدّعی ثبوت حق الوصایه له فی ذلک المال.

وفی صحیحه محمد بن یحیی قال: «کتب محمد بن الحسن یعنی الصفّار إلی أبی محمد علیه السلام : هل تقبل شهاده الوصی للمیت بدین له علی رجل مع شاهد آخرعدل؟ فوقّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلی المدعی یمین».(١)

فإنّه لو کانت شهاده الوصی مسموعه لم تکن حاجه إلی یمین المدعی نعم، قد ورد فی الصحیحه بعدذلک: «وکتب أیجوز للوصیأن یشهد لوارث المیت صغیراً أو کبیراً وهو القابض للصغیر ولیس للکبیر بقابض؟ فوقّع علیه السلام :نعم وینبغی للوصیأن یشهد بالحق ولایکتم الشهاده».(٢)

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحدیث ١:٢٧٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحدیث ١:٢٧٣.

....

الشَرح:

ولـذا يقـال أنّه لو لـم تكن شـهاده الوصـى مسـموعه فلاـ موجب لأـمره بالشـهاده ونهيه عن ترک ادائها، فيكون المراد باليمين فى صدرها اليمين الاسـتظهارى حيث يقوم بها المدعى اسـتحباباً مع اقامته البيّنه بدعواه، كما ورد فى وصايا علىّ عليه السلام لشريح، هذا بالاضافه إلى الشهاده للميت.

وأمّا إذا شـهد الوصـى على الميت فتسـمع شـهادته كما ورد فى ذيل الصـحيحه: «وكتب: أو تقبل شـهاده الوصـى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: نعم من بعد يمين»(۱)، وقد تقدم أنّ اليمين فى الدعوى على الميت لازم على المدعى مع اقامته البيّنه.

ولا يقاس هذا باليمين الوارده فى صدرها، فإنّ الوارده فى صدرها بناءً على قبول شـهاده الوصـى استحبابى وبناءً على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضماً إلى شهاده الواحد.

وبالجمله: الاسـتدلال بما فى صـدرها من الأمر بضم اليمين على عدم قبول شـهاده الوصـى، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلک من الأمر على الوصى بالشهاده للورثه الّذين فيهم الصغار والوصى المزبور هوالقابض لهم.

ويمكن دعوى أنّ الأـمر بالشـهاده والنهى عن الكتمـان لاـ ينـافى عـدم قبولهـا، خصوصـاً بـأنّ التعبير وقع بلفـظ ينبغى، الظاهر فى التجويزوالترغيب.

وذكر فى الجواهر انّه يمكن أن يقال بقبول شـهاده الوصـى للميت أيضاً فيما كان المدعى بعض ورثته، فإنّ المدعى به وهوالمال للميت وليس للوصـى نصيب فيه وانّما يتعلّق به حق الوصايه بعد ثبوته، واليمين الوارده فى الصدر لا يدلّ على عدم اعتبار شهادته لينافى ما ورد فيها بعد ذلک، فإنّها يمين استظهاريه مستحبه مع ثبوت

وكذا لا تقبل شهاده من يستدفع بشهادته ضرراً[۱]، كشهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنايه، وكذا شهاده الوكيل والوصى بجَرح شهود المدعى على الموصى أوالموكّل.

الشَرح:

الدعوى بالبينه، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثه ميتاً، فيكون على الوارث المدعى مع اقامه البيّنه ضم اليمين، فلا يدخل الوصى فى الخصم فى دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين وادّعى أحدهم على الآخر وشهد بدعواه الوصى الآخر، ونظير ذلك شهاده الوكيل لدعوى موكّله المال الذى على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكاله، فإنّ ثبوت المال بشهاده الوكيل لايخلو من وجه، نعم، فى الموارد التى يعدّ الوصى أو الوكيل فيها مدعياً أيضاً فى الواقعه لا تقبل شهادتهما، كما أنّه ينبغى الجزم بقبول شهاده الوصى فيما إذا شهد بما لايرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعه و نحوه، وكذا فى شهاده الوكيل بما لايرجع إلى مورد وكالته.

أقول: إذا كانت المكاتبه بصدرها ظاهره فى عدم قبول شهاده الوصى، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته وشهاده عدل آخر، وانّ ما بعدها منافيه لما فى صدرها، تكون المكاتبه مجمله، فيرجع فى عدم قبول شهاده الوصى أو الوكيل فيما لهما حق الوصايه والوكاله إلى ما ورد من عدم قبول شهاده الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم فى الدعوى كماترى، وإذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصايه والوكاله يرجع إلى اطلاق ما دلّ على قبول شهاده العدل.

[۱] لا تقبل شهاده من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنايه التى ديتها على العاقله، ونظير ذلك شهاده الوصيأو الوكيل بجرح شهود المدعى على الموصى والموكّل، فإنّ الوصى والوكيل يعدّ فى الدعوى على الموصى والموكل من الخصم.

ثمّ إنّه قد يقال من الشهاده التى لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجنايه على

....

الشَرح:

مورّثه، بأن فلاناً جرحه، سواء كانت الشهاده بعد موت موّرثه أو قبل موته، ولكن لم تندمل الجراحه ويحتمل سرايتها عاده، فانّ الشاهد فى الفرض مدّعٍ لنفسه القصاص أو الدّيه فيدخل فى الخصم، وهذا فيما إذا لم يستوعب دين الموّرث تركته إن قلنا بتعلّق حق الديّان بأعيان التركه.

وأمّا لو شهد الوارث بمال لمورّثه المجروح ولو بجراحه ساريه عاده، أو للموّرث المريض الذى يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعه، والفرق بين هذا وسابقه هو أنّ الشهاده فى الأوّل كانت من الادّعاء لنفسه بخلافها فى الثانى، فإنّه يشهد بالمال لموّرثه فتقبل.

أقول: فى كلا الأمرين تأمّل، فإنّ الشهاده فى الأوّل أيضاً بالاضافه إلى الديه من الشهاده بمال الميت، حيث انّ الديّه كما هو ظاهر الروايات من تركه الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعى على الغير هو المجنّى عليه فلا بأس بسماع شهاده الوارث قبل موته بأنّ فلاناً جرحه، هذا بالاضافه إلى الأوّل.

وأمّا بالاضافه إلى الثانى، فالظاهر سماع شهاده الوارث حتى فيما إذا مات الموّرث قبل الحكم، فإنّ مدرك القضاء هو الشهاده التى وقعت، وهى حال وقوعها كانت واجده لملاك القضاء بها، نظير ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العداله قبل الحكم أو ماتا قبله فجأه، ورجوع الشاهدين قبل الحكم عن شهادتهما مسأله أُخرى قد وردت فيها الروايات فيؤخذ فيها بما يستفاد منها.

وممّا تقدّم يظهر الوجه فى عدم سماع شهاده الوكيل أو الوصى فى جرح شهود المدعى على الموصى والموكّل ، فإنّ الوصى أو الوكيل فى الواقعه المرفوعه المدعى عليه فلا وجه لسماع شهادتهما فى دفع الدعوى عنهما، لدخولهما فى الخصم على ما تقدم.

الثانيه: العداوه الدينيّه لاتمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر، أمّا الدنيويّه فانّها تمنع[١]، سواء تضمّنت فسقاً أو لم تتضمن، وتتحقق العداوه بأن يُعلم من الشَرح:

[١] العداوه الدينيّه لا تمنع عن قبول الشهاده حيث تسمع شهاده المسلم على الكافر وشهاده المؤمن على المخالف.

وأمّا العداوه الدنيويّه فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلاخلاف بل ادّعى عليه الإجماع، والمصرّح به فى كلام جماعه كالماتن قدس سره عدم الفرق بين كونها موجبه للفسق أم لا، ولذا يقال أنّها تمنع عن الشهاده على من يكون بينه وبين الشاهد عداوه ولا تمنع عن الشهاده له، وعلى ذلك ينبغى الكلام فى مقامين:

المقام الأوّل: فى وجه منع العداوه الدنيويّه عن قبول الشهاده مع عدم كونها موجبه للفسق: ويستدلّ على ذلك بدخول الشاهد معها فى عنوان الخصم، الذى قد ورد فى بعض الروايات المتقدّمه عدم قبول شهادته، فإنّه كماقيل: انّ المراد منه العدو.

ولكن لاـ يخفى ما فيه، فإنّ الخصم فى المقام من يكون طرفاً فى المخاصمه استقلالاً أو تبعاً، ولو لم يكن هذا معناه الظاهر فلا أقل من احتماله.

ويستدل أيضاً بالمروى فى معانى الأخبارقال: «قال النبى صلى الله عليه و آله : لا تجوز شهاده خائن ولاخائنه ولاذى غمز على أخيه»(١)، قال الصدوق قدس سره : الغمز الشحناء والعداوه.

وبمعتبره(٢) السكونى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «لا تقبل شهاده ذى شحناء أو ذى مخزيه فى الدين».(٣)

ص: ۴۶۹

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٨:٢٧٩.
٢- (٢) معانى الاخبار: ٢٠٨.
٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥:٢٧٩.

حال أحدهم السرور بمساءه الآخر، والمساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف، وكذا الشَرح:

وربّما يقال: انّ الكلينى روى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «انّ أميرالمؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهاده فحّاش ولاذى مخزيه فى الدين»(١)، ومن البعيد جدّاً أن يكون للسكونى روايتان قد سمعهما عن أبى عبدالله عليه السلام ، بل الظاهر أنّهما روايه واحده، ولا يعلم أنّ ما رواه السكونى ما فى روايه الصدوق أو ما فى روايه الكلينى، ومعه لايمكن أن يحكم بعدم سماع الشهاده مع العداوه الدنيويه غير الموجبه للفسق.

أقول: مجرّد ورود ذى مخزيه فى الدين فى كلاـ النقلين لايدلّ على أنّهما روايه واحده، وظاهرالنقلين وقوعهما عن السكونى، وعليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوه مانعه عن قبول الشهاده، وروايه معانى الأخبار لإرسالها صالحه للتأييد فقط.

المقام الثانى: فى المراد من العداوه الدنيويه، وقد ذكر الماتن فى بيانها أن يسرّ أحدهما باصابه الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف.

وقد يقال: انّه لو كان المراد بالعداوه ما ذكر لكانت موجبه للفسق لحرمه الحسد وبغض المؤمن وقذفه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مجرّد السرور لا يمنع عن العداله ولا يكون اظهاراً للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذى الشاهد العدل دوماً ولذا يسرّ الشاهد اصابته بالمصيبه، وظاهر معتبره السكونى ومعانى الأخبار ثبوت الوصف فى الشاهد وأنّه تمنع عن قبول شهادته واظهار سروره أيضاً فى مثل ما ذكر فضلاً عن سروره الباطنى لايمنع العداله.

١- (١) الكافى٧:٣٥۶، الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٧٧.

لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمه[١]، أمّا لو شهد العدو لعدوّه قُبلت لانتفاء التهمه.

الشَرح:

فلاوجه للالتزام بأنّ ثبوت العداوه فی المدعی علیه أیضاً یمنع عن قبول شهاده الشاهد علیه وان لم تکن فی نفس الشاهد عداوه، وانّه علی ذلک یصحّ لکلّ مدعی علیه ان یظهر عداوته بالاضافه إلی الشاهد علیه بسبّه وقذفه لتسقط شهادته علیه عن الاعتبار.

[١] ذکر قدس سره : انّه لا تسمع شهاده بعض رفقه الطریق لبعض الآخر علی قاطع الطریق علیهم، بأن شهدا أنّهم أخذوا من فلان کذا، أو قالا ـ أنّهم أخذوا منّا کذا ومنهم کذا، ویقال فی وجه عدم قبول شهادتهم بأنّ قطع الطریق علیهم یوجب العداوه بین القطّاع وبینهم.

ویدلّ علیه أیضاً روایه محمّد بن الصلت قال: «سألت أباالحسن الرضا علیه السلام عن رفقه کانوا فی طریق فقطع علیهم الطریق وأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لاتقبل شهادتهم إلاّ باقرار من اللصوص أو شهاده من غیرهم علیهم».(۱) ولکن الروایه ضعیفه سنداً.

ولا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالاضافه إلی الأخذ من الآخرین، کشهاده بعض الدیّان لبعض الأخر فی دعواهم علی المدین، وما تقدّم فی مانعیه العداوه الدنیویه لا یوجب عدم سماع شهاده بعض الرفقه فی الفرض، حیث إنّ ظاهرما تقدم العداوه غیر الناشئه عن تعدی المشهود علیه فی نفس الواقعه المرفوعه إلی الحاکم کما لا یخفی، کما أنّ ظاهره شهاده ذی الشحناء بمقتضی مناسبه الحکم والموضوع الشهاده علیه، فلا یعمّ ما إذا کانت شهادته له.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲:۲۷۲.

عدم قدح قرابه الشاهد للمدعی فی الشهاده

الثالثه: النسب وان قرب لایمنع قبول الشهاده[۱]، کالأب لولده وعلیه، والولد لوالده، والأخ لأخیه وعلیه، وفی قبول شهاده الولد علی والده خلاف والمنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلّق ببدنه، کالقصاص والحدّ.

الشَرح:

[۱] لا خلاف فی أنّ النسب والقرابه بین الشاهد والمشهود له أو علیه لایمنع عن قبول شهادته، سواء کان النسب قریباً أم بعیداً، فتسمع شهاده الوالد لولده أو علیه، وشهاده الأخ لأخیه أو علیه.

ویشهد لذلک مضافاً إلی أنّه مقتضی الآیه المبارکه وما ورد من الإطلاق فی قبول شهاده العدل، الروایات الخاصه کصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «تجوز شهاده الولد لوالده والوالد لولده والأخ لأخیه».(۱)

وصحیحته الأُخری عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخیه قال تجوز.(۲)

وموثقه سماعه قال: سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخیه قال: نعم»(۳)، إلی غیر ذلک.

وهذه الروایات وان کانت وارده فی الشهاده له إلاّ أنّها تدلّ علی قبولها علی القریب بالأولویه، نظیر ما تقدم فی شهاده ذی الشحناء.

والمشهور کما قیل التزموا بعدم سماع شهاده الولد علی والده ویستدل علی ذلک بمرسله الفقیه، قال: «وفی خبرآخر: لا تقبل شهاده الولد علی والده»(۴)، ویضاف إلیها ما فی الکتاب العزیز: «وَصَاحِبْهُمَا فِی الدُّنْیَا مَعْرُوفاً»(۵)، بدعوی أنّ ردّ قول الولد وتکذیبه لا یدخل فی المعاشره بالمعروف بل هو عقوق یمنع عن قبول الشهاده،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱و۳و۴:۲۷۰.

۲- (۲) الفقیه ۳:۴۲

۳- (۳) لقمان:۱۵.

....

الشَرح:

والمحكى عن المرتضى والاسكافى قبول شهادته على والده، وعن العلامه فى التحرير التردّد فى القبول، وعن الشهيد اختيار القبول لضعف الروايه.

ودعوى انجبارها بالشهره لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الشهره غير محققه وعلى تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلّهم إلى ما ذكر من كون الشهاده على الوالد عقوقاً ولايكون من مصاحبتهما بالمعروف.

وهذا الوجه أيضاً ضعيف، فانّ أداء الشهاده قيام بالعدل وتركها كتمان للشهاده للّه، يقول اللّه سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْاَقْرَبِينَ»(۱)، ولاتكون الشهاده على الوالد عقوقاً بل هو احسان إليه وتصدى لتخلّصه من حقوق الناس فلاتكون منافيه لعدل الولد.

أضف إلى ذلك روايه داود بن الحصين قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين والولد، ولاتقيموها على الأخ فى الدين الضيّر، قلت: وما الضيّر؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذى يدّعيه قبله خلاف ما أمر اللّه به و رسوله، ومثل ذلك أن يكون لآخر على آخر دين وهو معسر، وقد أمر اللّه بانظاره حتى ييسر، فقال تعالى: «فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»(۲) ويسألك أن تقيم الشهاده وأنت تعرفه بالعسر، فلايحلّ لك أن تقيم الشهاده فى حال العسر».(۳) ولايبعد اعتبار الروايه سنداً، فإنّ ذبيان بن حكيم الأودى، على ما يظهر من ترجمه أخيه أحمد، من المعاريف والمشاهير من الرواه، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بانّه أخ ذبيان بن حكيم الأودى، ولا موجب لحملها على الشهاده بعد الموت، بقرينه الأمر بالمصاحبه المعروف، مع أنّ

۱- (۱) النساء:۱۳۵.

۲- (۲) البقره: ۲۸۰.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۵۰.

وكذا تقبل شـهاده الزوج لزوجته، والزوجه لزوجها[۱] مع غيرها من أهل العداله، ومنهم من شـرط فى الزوج الضـميمه كالزوجه، ولاوجه له، ولعل الفرق إنّما هولاختصاص الشَرح:

مقتضاه عدم قبول شهاده الولد على والدته أيضاً.

ثمّ إنّه نسب إلى الشيخ قدس سره أنّه يعتبر فى قبول الشهاده مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبى، ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام : «انّ شهاده الأخ تجوز إذا كان مرضياً ومعه شاهد آخر».(۱)

ولكن لايخفى بانّ مدلولها عدم كفايه الشاهد الواحد فى ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواءٌ كان الآخر قريباً كالولد والعم أم أجنبياً، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالاضافه إلى دعوى المال.

[۱] تقبل شـهاده الزوج لزوجته والزوجه لزوجها بلا خلاف ظاهر، وفى صـحيحه الحلبى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «تجوز شهاده الرجل لإمرأته والمرأه لزوجها إذا كان معها غيرها».(۲)

وصـحيحه عمّار بن مروان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السـلام أو قال: سأله بعض أصـحابنا عن الرجل يشهد لإمرأته، قال: إذاكان خيراً (نسخه آخر) جازت شهادته معه لامرأته»(۳)، وكلمه معه قرينه على أنّ الصحيح إذا كان آخر.

وفى موثقه سماعه قال: «سألته عن شهاده الرجل لامرأته، قال: نعم، والمرأه لزوجها؟ قال: لا، إلّا أن يكون معها غيرها».(۴)

وعن جمـاعه من القـدماء اعتبـار انضـمام الآخر إلى شـهاده الزوج لزوجته، كما هو الحال فى قبول شـهاده الزوجه لزوجها، وعن جماعه التفرقه بين شهاده الزوج

۱- (۱) المصدر نفسه: الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۵:۲۷۱.

۲- (۲) الوسائل :۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۲و۳:۲۹۶.

الزوج بمزيـد القوه فى المزاج من أن تجذبه دواعى الرغبه، والفائده تظهر، لو شـهد فيما يقبل فيه شـهاده الواحد مع اليمين وتظهر الفائـده فى الزوجه، لو شـهدت لزوجها فى الوصـيّه وتقبل شـهاده الصـديق لصديقه، وان تاكدت بينهما الصّحبه والملاطفه، لأنّ العداله تمنع التسامح.

الشَرح:

فلايعتبر الانضمام وشهاده الزوجه فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن قدس سره.

واسـتظهروا التفرقه من صـحيحه الحلبى وموثقه سـماعه، وفى عبـاره المـاتن انّ الفرق لاحتمـال انّ للزوج قوه مزاج تمنعه دواعى الرغبه لزوجته مع عدله ان لايذكر الحق، بخلاف الزوجه، فإنّه ليس لها القوه بهذه المرتبه حتى مع عدلها.

ولكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج والزوجه فيمايثبت بشهاده الرجال وبشهاده النساء، وانّ الاكتفاء بشهاده الزوج من غير انضمام إنّمـا هو فى شـهادته بالمـال لها، وأمّا فى الشـهاده بغيره ممّا يعتبر فيه البيّنه فيعتبر الإنضـمام، ولعلّ ما فى صـحيحه عمّار بن مروان نـاظر إلى جميع الـدعاوى والصـحيحه والموثقه إلى دعوى المـال، وهـذا بخلاف شـهاده الزوجه، فإنّ شـهاده المرأه الواحـده بلا انضمام امرأه أُخرى لا يثبت شيئاً إلاّ فى شهادتها بالوصيه بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفرده ربع المال، كما يأتى.

وأمّا ما ذكره الماتن فى وجه الفرق فهو كما ترى.

ثمّ إنّ الروايـات فى المقـام و فيما تقـدم من شـهاده الأب والولـد والأخ، كلّها ناظره إلى الشـهاده للآخر، غير ما ذكرنا فى شـهاده الولد على والده، فإن تمّ ما ذكرنا فى شهاده القريب نسباً، من أنّ تجويز الشهاده وسماعها للمشهود له بالفحوى يدلّ على السماع فى المشـهود عليه فهو، وإلاّ يؤخذ فى سـماع شهاده القريب على القريب وفى شهاده كلّ من الزوج والزوجه على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شـهاده العدل، وذكر سـماع الشـهاده للآخر لا يقتضى التقييد فى الاطلاق المزبور، لكون الشهاده من القريب أو الزوج أو الزوجه من قبيل الشهاده للآخر غالباً.

الرابعه: لاـ تقبل شـهاده السائل فی کفّه [۱]، لأـنّه یسـخط إذا منع، ولأـنّ ذلک یأذن بمهانه النفس، فلایؤمن علی المال، ولو کان ذلک مع الضروره نادراً، لم یقدح فی شهادته.

الشَرح:

[۱] لا تقبل شهاده السائل بکفّه، ویشهد له صحیحه علی بن جعفر عن أخیه أبی الحسن موسی علیه السلام قال: «سألته عن السائل الذییسأل بکفّه هل تقبل شهادته؟ فقال: کان أبی لا یقبل شهادته إذا سأل فی کفّه».(۱)

وموثقه محمـد بن مسـلم عن أبی جعفر علیه السـلام قال: «ردّ رسول اللّه صـلی الله علیه و آله شـهاده السائل الذی یسأل فی کفّه، قال أبوجعفر علیه السلام : لأنّه لایؤمن علی الشهاده، وذلک لأنّه إن أعطی رضی وان منع سخط».(۲)

وظاهر هـذه إنّ الوصف الغالبی للسائلین بکفّهم الموجب لعدم الوثوق بشـهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شـهاده السائل بـالکف حتی فیمـا کـان سائل بکفّه علی خلاف الوصف المزبور، وظاهر السائل بالکفّ من یتصـدّی السؤال لأخـذ المال بنفسه، بحیث یکون هذا النحو من السؤال حرفه له، یأخذ کل ما یعطی ولو بمال قلیل، فلا یعم من یسأل ویأخذ المال بالواسـطه أو یرسل المال إلیه أو یسأل اتفاقاً لضروره تطرأ، من غیر أن یصیر السؤال حرفه له.

وفی المسالک تبعاً للتحریر والـدروس انّه فی حکم السائل بالکف الطفیلی، والمراد به من یحضـر الطعام من غیر دعوه ولکن فی الإلحاق تأمّل بل منع، لعـدم صدق عنوان السائل بالکفّ علیه، وما ورد فی موثقه محمّد بن مسـلم مع کونه من قبیل الحکمه کما ذکرنا لا یجری فی الطفیلی ثمّ إنّه قـد ذکر فی الجواهر: أنّ ظاهرما ورد فی عدم قبول شـهاده السائل بکفّه ان السؤال بالکف غیر محرّم فضـلاً عن السؤال بغیرها، فإنّه لو کان السؤال بالکفّ فی نفسه محرّماً لـذکر علیه السـلام فی تعلیل عدم سـماع شـهادته أنّه فاسق.

الخامسه: تقبل شهاده الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له [۱]، لكن يرفع التهمه تمسّكهما بالأمانه.

الشَرح:

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ السؤال عند ضروره السائل غير محرّم، فيحمل فعل المسلم على الصحّه، فبمجرّد سؤال شخص بالكفّ مع إمكان كونه لضروره لايحكم بفسقه، وعلى ذلک فالسائل بكفّه وإن كان على ظاهر العداله إلّا أنّه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، وإذا لم نقل بحرمه السؤال ولو من غير ضروره فالسؤال بالكف لا ينافى العداله الواقعيّه، حتى فيما إذا ذكر أو احرز أنّه غنى لا يحتاج فعلاً إلى المال الذى يسأل به الناس، ولكن مع ذلک لا تقبل شهادته.

ولكن المغروس فى الأذهان حرمه السؤال فى هذا الفرض، والنصوص الوارده فى النهى عن سؤال الناس مستفيضه، ولكن أكثرها محموله على مراتب الأولياء، وهو الغناء عن الناس والالتجاء إلى ربّ العالمين ويعمّ بعضها النهى عن مثل السئوال عن بعض جلسائه الماء لشربه، وبعضها محموله على صوره التدليس باظهار الحاجه والفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعفّفهم، وأمّا حرمه مجرّد السؤال من حيث كونه سؤالاً ـ فلم يظهر عليه دليل ولا ـ يحضرنى كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضروره وإن يكون عملاً ـ مذموماً حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلّا أنّه لا دليل على حرمته حتّى فيما إذا كان بصوره التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرّماً آخر، والثابت من الارتكاز هو المذموميه دون الحرمه، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] المشهور أنّه تقبل شهاده الأجير والضيف مع عدلهما للمستأجر والمضيف، وقيل: إنّه ولو كان لهما ميل قلبى بالاضافه إلى المشهود لهما إلّا أنّ الاتهام عنهما فى

....

الشَرح:

شهادتهما يرتفع بتمسّكهما بالأمانه فى الشهاده التى من لوازم العداله أو تدخل فيها.

نعم، نسب المنع عن قبول شـهاده الأـجير للمسـتأجر إلى جمـاعه من المتقـدمين والمتـأخرين، فيمـا إذا كانت شـهادته قبل مفارقه مستأجره ويدلّ على السماع بالاضافه إلى شهاده الضيف.

مضافاً إلى الاطلاق فيما دلّ على اعتبارشـهاده العدل، موثقه أبى بصـير عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «لابأس بشـهاده الضيف إذا كان عفيفاً صائناً قال ويكره شهاده الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس به له بعد مفارقته».(۱)

وأمّا الأجير فالأظهر عـدم قبول شـهادته لمسـتأجره ما دام أجيراً له ولم يفارقه، أخـذاً بظاهر الموثقه، فإنّ الكراهه فيها بمعنى عدم النفـوذ، حيث لاـ معنى للكراهه المصـطلحه فى اداء الشـهاده ، فـإنّ مع الاعتبـار يجب الأخـذ بهـا و وجب عليه اداءهـا ومع عـدم اعتبارها لايجوز القضاء بها، وحملها على تحمل الشهاده خلاف ظاهر الموثقه.

وفى صـحيحه صـفوان عن أبى الحسن عليه السـلام قال: «سألته عن رجل أشهد اجيره على شهاده ثم فارقه، أتجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم، وكـذلك العبـد إذا اعتق جازت شـهادته»(۲)، وتنظيره شـهاده الأجير بعد مفارقه مسـتأجره بشـهاده العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهاده مادام لم يفارق المستأجر.

ويشـهد لـذلك أيضـاً مـوثقه سـماعه الوارده فيمن لاـ تقبـل شـهادتهم حيث عـدّ منهم الأـجير، فيرفع اليـد عن اطلاقهـا بـالموثقه والصحيحه الدالتين على قبول شهاده الأجير بعد مفارقه مستأجره، وكما يدل الموثقه على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۷۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۷۴.

سماع شهاده الصغير

لواحق هذا الباب وهی سته:

الأولی: الصغير والكافر والفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم، فأقاموا تلک الشهاده قُبلت لاستكمال شرائط القبول [۱]، ولو أقامها أحدهم فی حال المانع فردّت ثمّ أعادها بعد زوال المانع، قُبلت وكذا العبد لو ردّت شهادته علی مولاه، ثمّ أعادها الشَرح:

وبعدها، وظاهرالأجيرمايعمّ الأجير علی عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله وظاهر المفارقه انتهاء أمد الإجاره.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذی ورد مع الأجير فی موثقه سماعه فيمن تردّ شهادتهم شاملاً للأجير بالإضافه إلی جميع منافعه، كمايدخل فيه من يدخل فی عائله الانسان بتبرع جميع اعماله له، فيؤخذ بظاهرها فی كل من الأجير والتابع بعد تقييد الأوّل بما قبل مفارقته، ثمّ إنّ ماتقدم لا يعمّ شهاده المستأجرلموجره فيؤخذ فی شهادته بالإطلاق الوارد فی اعتبار شهاده العدل.

[۱] ذكر قدس سره انّ ماتقدم من شروط الشاهد والأوصاف المعتبره فيه معتبره فی الشاهد فی اداء شهادته، فلا تقبل الشهاده بدونها فی مقام الأداء، وأمّا عند تحمّلها فلايعتبر فی المتحمّل شیء منها، فلو تحمل الصبی الشهاده وكان فی مقام ادائها بالغاً جامعاً للشرائط تقبل شهادته، وكذلک الكافر والفاسق المحرز فسقه، كل ذلک لظهور ما دلّ علی ردّ الشهاده وعدم قبولها فی كون الشاهد فی مقام الاداء والاستناد فی القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلی ذلک ما ورد فی خصوص الصبی والكافر والعبد والأجير، وفی صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّی والعبد يشهدان علی شهاده ثمّ يسلم الذمّی ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما علی ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم

بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت ثمّ مات الأب وأعادها، أمّا الفاسق المستتر، إذا أقام فردّت ثمّ تاب وأعادها، فهنا تهمه الحرص على دفع الشبهه عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول.

الشَرح:

منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما».(۱)

وربّما يقال: إنّه ينافی ذلك صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن نصرانی اشهد على شهاده ثمّ أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا».(۲)

ولكن لايخفی انّ مقتضی الجمع بينها وبين مثل صحيحه محمد بن مسلم، حمل الأولی بما إذا لم يكن يعلم منه خيراً بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضی الجمع بين الإطلاق والتقييد فی سائر المقامات، وأمّا آيه الأمر بالإستشهاد من ذوی العدل، فذكر العدل فی الشاهدين عند التحمّل لا لإحراز وجود المثبت لمقام الاداء، بل لما تقدم من أن تحمل الشاهدين العدلين شرط فی صحّه الطلاق، نعم الأمر كما ذكر فی آيه الوصيه.

وذكر أيضاً قدس سره أنّه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردّت شهادته ثمّ أعاد تلك الشهاده بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدّعی دعواه فيما إذا لم يتمكّن على اثباتها لردّ شهاده بعض شهوده ثمّ أعادها ثانياً وشهد له من كان فاقداً لشرط القبول فی شهادته أوّلاً، كل ذلك أيضاً لما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنه أو بشاهد ويمين.

وعلى ذلك، فلو شهد العبد على مولاه أوالولد على والده، بناءً على عدم قبول شهادتهما، ثمّ اعتق العبد أو مات الأب وشهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، وإن كانت مسبوقه بالردّ، ومقتضی الإطلاق فی بعض الكلمات عدم الفرق فی عدم قبول شهاده العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، وعلى هذا القول أيضاً ربّما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّی إذا كان الداعی إلى عتقه قبول شهادته بعده.

سماع شهاده العبد

....

الشَرح:

ولكن يظهر من معتبره السكونى أنّه إذا ردّت شهاده العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهاده منه بعد عتقه، وانّ العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنّه روى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام : «إنّ شهاده الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا أشهد على شهاده ثمّ اعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال عليه السلام : إن اعتق العبد لموضع الشهاده لم تجز شهادته».

قال الصدوق قدس سره (۱) بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب: أمّا قوله عليه السلام : إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، فإنّه يعنى به أن يردّها لفسق ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنّه عبد، لأنّ شهاده العبد جائزه وأوّل من ردّ شهاده المملوك عمر، وأمّا قوله عليه السلام : ان أُعتق العبد لموضع الشهاده لم تجز شهادته، كأنّه يعنى إذا كان شاهداً لسيده، فأمّا إذا كان شاهداً لغير سيده جازت شهادته عبداً كان أو معتقاً إذا كان عدلاً.(۲)

فظاهر كلامه قدس سره التزامه بأنّ شهاده العبد لمولاه غير نافذه حتى إذا اعتق لتلك الغايه، وما ذكر فى تفسير إذا لم يردها الحاكم، خلاف ظاهر المعتبره، بل ظاهرها أن ردّ شهاده العبد أوّلاً يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، والعمل بالمعتبره فى كلا الموردين متعيّن، إلاّ أنّه يأتى أنّ المعتبره أيضاً بالإضافه إلى ما ورد فيها من ردّ شهاده العبد محموله على التقيه.

وذكر قدس سره أيضاً أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردّت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهاده أُخرى تقبل شهادته بلا اشكال ولاخلاف،

۱- (۱) الفقيه ۳:۴۵، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۳:۲۵۷.

۲- (۲) الفقيه ۳:۴۵.

الثانيه: قيل: لا تقبل شـهاده المملوك أصلًا[۱]، وقيـل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلّا على مولاه، ومنهم من عكس، والأشـهر القبول إلّا على المولى، ولو أعتق، قُبلت شهادته

الشَرح:

ولكن لو أعاد الشـهاده السابقه فقد يقال فى اعادتها تهمه، بأنّ الداعى له إلى اصـلاح ظاهره اعاده تلك الشـهاده ليدفع عن نفسه عار الكـذب فى تلك الواقعه، وهذا لا يجرى فى حق الفاسق المتجاهر بفسـقه لعدم مبالاته فى ذلك الزمان ولا غضاضه عليه فى ردّ شهادته فى السابق.

ولكن هذا كماترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهاده العدل وكونها مدرك القضاء.

[۱] يقع الكلام فى شهاده المملوك لغير مولاه وعلى غير مولاه، وفى شهادته لمولاه وعليه.

فإنّه قيل: لا تقبل شـهادته مطلقاً، وهـذا هو المنسوب إلى أكثر العامه، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلّا على مولاه، وقيل: لا تقبل إلّا على مولاه، وظاهر الماتن الاشاره إلى ذلك، حيث قال: ومنهم من عكس الأمر.

وقبول شـهادته إلّا على مولاه هو المنسوب إلى أكثر الأصـحاب، منهم الشـيخ والمفيد والمرتضـى والقاضـى وابن إدريس، وقيل: تقبـل شـهادته على مثله وعلى الكـافر دون المسـلم الحرّ، وينسب ذلك إلى ابن الجنيـد، ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعايه بعض الوجوه وسيظهر حالها.

ويـدل على قبول شـهاده المملوك وعـدم كون الرقيه مـانعه عن قبولهـا صـحيحه عبـدالرحمان بن الحجـاج عن أبى عبـداللّه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً».(۱)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۵۳.

على مولاه، وكذا حكم المدبّر والمكاتب المشروط، وأمّا المطلق، إذا أدّى من مكاتبته شيئاً، قال فى النهايه: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، وفيه تردّد، أقربه المنع.

الشَرح:

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى جعفر عليه السلام الوارده فى قضيه درع طلحه حيث ورد فيها: «ثم اتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره، فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً»(١)، ومعتبره بريد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، انّ أوّل من ردّ شهاده المملوك لفلان».(٢)

ونحوها معتبره محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى شهاده المملوك إذا كان عدلاً فإنّه جائز الشهاده، إنّ أوّل من ردّشهاده المملوك عمر بن الخطاب، وذلك أنّه تقدم إليه مملوك فى شهاده، فقال إن أقمت الشّهاده تخوّفت على نفسى، وإن كتمتها أثمت بربّى، فقال: هات شهادتك أما إنّا لا نجيز شهاده مملوك بعدك».(٣)

وهذه الروايات باطلاقاتها تقتضى كون شهاده المملوك كشهاده الحر، فتقبل إذا كان عدلاً.

والتعبير بالمعتبره فى الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروه فى سندهما، وهو وإن لم يوثّق إلاّ أنّه من المعاريف الّذين لم يرد فيهم ذم وقدح.

وفى مقابلها ما يدلّ على عدم قبول شهاده المملوك، كموثقه سماعه الوارده فى جمله من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد»(۴)، وصحيحه الحلبى عن أبى

١- (١)المصدر نفسه: الباب ١۴، من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶:١٩۴.

٢- (٢) المصدر نفسه :الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢:٢۵٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢۵٣.

۴- (۴) المصدرنفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٨.

....

الشَرح:

عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن شهاده ولد الزنا فقال: لا ولا عبد».(۱)

ودعوی أنّه یمکن الجمع بینها بتقیید الطائفه الثانیه بما فی الأولی، من تقیید السماع بما إذا کان المملوک عدلاً، ومع المعارضه الترجیح مع الطّائفه الأولی، لموافقتها لمثل قوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِن رِجَالِکُمْ»(۲)، لایمکن المساعده علیها، وأنّه لابدّ من الإغماض عن الجمع المزبور.

والوجه فی الإغماض هو ظهور موثقه سماعه فی انّ العناوین الوارده فیها انطباقها علی الشخص یمنع عن قبول شهادته، وکما أنّ الخصم والشریک و دافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فکذلک العبد وللفاسق من العبد داخل فی المریب، کما تقدم.

وما ذکر من أنّ ما دلّ علی قبول شهاده العبد موافق للکتاب العزیز یناقش فیه، بأنّه قد ورد فی تفسیر العسکری علیه السلام عن أمیرالمؤمنین علیه السلام قال: «کنّا عند رسول اللّه صلی الله علیه و آله وهو یذاکرنا بقوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِن رِجَالِکُمْ» قال: أحرارکم دون عبیدکم».(۳)

ولکن یدفع المناقشه بأنّه لم یثبت کون التفسیر المزبور للإمام علیه السلام لیؤخذ به، ومع الإغماض فما دلّ علی قبول شهاده العبد مخالف لما علیه أکثر العامه أوجلّهم.

وفی البین روایات قد ورد فیها التفصیل فی قبول شهاده العبد، فإن تمّ هذه الروایات وخلت عن المعارض یمکن أن تکون شاهد جمع بین الطائفتین.

منها: صحیحه محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوک من

۱- (۱) المصدرنفسه:الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۶:۲۷۷.

۲- (۲) البقره:۲۸۲.

۳- (۳) البقره:۲۸۲.

....

الشَرح:

أهل القبله على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته».(١)

وفى صحيحه جميل قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المكاتب تجوز شهادته؟ قال: فى القتل وحده».(٢)

وكلّ منهما معارض بما ورد فى قضيه درع طلحه، وقد ذكرنا انّ الترجيح مع ما ورد فى قبول شهادته.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهاده العبد المسلم على الحرّ المسلم»(٣)، ولكن ذكر فى الوسائل:وفى نسخه لا يجوز.

وفى موثقه ابن أبى يعفورعن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوزشهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز فى الدّين والشىءاليسير».(۴)

ولم يعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، وقيل: انّها تناسب أقوال العامّه.

نعم، ظاهرها انّ عدم قبول شهاده العبد لمولاه كان مفروغاً عنه عند السائل، ولا يبعد أن يقال: إنّ هذا ينافى ما ورد فى قضيه درع طلحه، نعم نسب إلى أكثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهاده المملوك على مولاه.

وربّما يقال فى الاستدلال عليه الإجماع الذى ذكره ابن ادريس و حكى عن الانتصار والغنيه، وبقياس العبد بالولد، فانّه كما لاتسمع شهاده الولد على أبيه كذلك شهاده العبد على مولاه، فإنّ وجوب اطاعه العبد أولى من وجوب اطاعه الوالد على ولده.

ولكن شيئاً من الاجماع والوجه المزبور لا يتم، وقد نسب السماع إلى جماعه، وقياس العبد بالولد مع ما فى المقيس عليه كما تقدم سابقاً لا يخرج عن القياس الظنّى.

....

الشَرح:

والعمـده فی المقام ما ذکر، من أنّ اقرار العبـد علی نفسه غیر مسـموع، لأنّه فی الحقیقه اقرار علی مولاه، وإذا لم یقبل علی مولاه فلا تقبل شهادته علیه أیضاً لعدم المائز بین الإقرار علی المولی والشهاده علیه.

وفیه أیضاً، أنّه یعتبر الإقرار علی النفس حتی إذا کان المقرّ علی نفسه فاسـقاً، ولذا ورد فی بعض الروایات: لا تقبل شهاده الفاسق إلّا علی نفسه، وأیضاً لا یعتبر فی سماع الإقرار ونفوذه عدم کونه تبرّعیاً بخلاف الشهاده، فإنّه یعتبر فی نفوذها عدل الشاهد وعدم کون شـهادته تبرعیه بأن تقع بعـد المطالبه عنـد المشـهور، ولا منافاه بین عـدم نفوذ اقرار العبـد فیما کان اقراره علی مولاه وقبول شهادته علیه مع وجدان شرائط الشهاده بأن لایکون من أطراف الدعوی.

وقـد یسـتظهر جواز شـهاده العبـد علی مولاـه من صـحیحه الحلبی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام : «فی رجـل مـات وترک جاریه ومملوکین فورثهما أخ له، فأعتق العبـدین وولـدت الجاریه غلاماً فشـهدا بعـد العتق إنّ مولاهما کان أشـهدهما أنّه کان یقع علی الجـاریه وأنّ الحمـل منه، قـال: تجوز شـهادتهما ویردّ ان عبـداً کما کانا»(1)، بـدعوی انّ الأخ للمیت کان مولاهما وقـد سـمعت شهادتهما علیه.

وفیه: أنّ الشـهاده وقعت بعـد عتقهما منه، بل قـد یقال: ظاهرها عـدم قبول شـهاده العبـد علی مولاه، وإنّما یجوز شـهادته له حیث فرض أنّ شـهادتهما کانت علی مولاهما الـذی ورثهما فی ظاهر الواقع بعـد عتقهما، فیکون التقیید دالاً علی عدم قبول شـهادتهما قبل العتق.

ولکن لایخفی انّ التقیید وقع فی السؤال ولادلاله له علی عدم السماع قبل العتق،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث۲۵۵:۷.

....

الشَرح:

غايته انّ السائل كان معتقداً أو العبدين كانا معتقدين بأنّ شهادتهما لا تسمع إلّا بعد عتقهما مطلقاً أو على مولاهما.

بقى فى المقام أمران: أحدهما: أنّه قد تقدم صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب»(١)، ولكن رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته»(٢)، وهذا الذيل غير وارد فى روايه الصدوق وفى تكرار قال: على روايه الشيخ، احتمال أنّها من قبيل الجمع بين المرويين فى الروايه، فلا يكون فى صدرها ظهور فى عدم قبول شهاده المملوك من أهل القبله على المسلمين فإنّه يدخل فى مفهوم اللقب.

وقد تقدم ما ورد فى قبول شهاده المسلم على أهل الكتاب، فيكون ما فى صدرها من هذا القبيل، وأمّا ذيلها فمن الروايات الوارده فى عدم قبول شهاده المملوك، فتحمل على التقيه كما تقدم.

والثانى: انّه لو قيل بعدم قبول شهاده المملوك مطلقاً أو على مولاه، فقد ذكروا انّه لو اعتق العبد تقبل شهادته ولو على مولاه من غير خلاف يعرف، وعن كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، ولأنّه بالعتق يخرج ممّا دل على عدم قبول شهاده المملوك مطلقاً أو على مولاه، ويدخل فى شهاده العدل.

وقد تقدم فى صحيحه صفوان عن أبى الحسن عليه السلام : «سألته عن رجل أشهد أجيره

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ۴:۲۵۴.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ۱۰:۲۵۶، التهذيب ۶:۲۵۰.

تحمّل الشهاده وعدم اعتبار الاستشهاد فيه

الثالثه: إذا سمع الاقرار صار شاهداً، وان لم يستدعه المشهود عليه [١]، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والاجاره والنكاح وغيره، وكذا لو شاهد الغصب أو الجنايه، وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً، وكذا لو خُبى ء فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

الشَرح:

على شهاده ثم فارقه أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم وكذلك العبد إذا أُعتق جازت شهادته».(١)

ولكن تقدم أيضاً فى موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «إنّ شهاده الصبيان إذا شهدوا، وهم صغار جازت إذا كبروا مالم ينسوها، وكذلك اليهودى والنصرانى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهاده ثم أُعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال على عليه السلام إذا أُعتق لموضع الشهاده لم تجز شهادته».(٢)

وبما أنّ هذه أخص، مثل صحيحه صفوان، فلامجال إلّا لرفع اليد عن اطلاق الصحيحه، بحملها على عدم العتق لغرض سماع شهادته وعدم مسبوقيه الشهاده المزبوره بالردّ حال رقيّته.

[١] لا ـ يعتبر فى سماع الشهاده فى مقام أدائها كون تحمّلها بالاستدعاء والدعوه إلى التحمل، ولو كان المشهود به من قبيل المسموعات كالإقرار والعقود والايقاعات يكفى فى الشهاده بها سماعها، وفيما لو كان من المرئيات كالغصب والسرقه والجنايه يكفى فى الشهاده بها رؤيتها، حتى لو قيل له: لا تتحمّلها، فإنّه لو تحمّلها ولو بالإختباء فى مكان يسمع كلامهما أو يرى فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، نعم

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٧٣.

٢- (٢) المصدر نفسه:الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١٣:٢٥٦، التهذيب ٦:٢٥٠.

....

الشَرح:

ينسب الخلاف إلى ابن الجنيد فی مسأله تحمل الشهاده بالاختباء، وانّه إذا خدع الشاهد المشهود علیه فستر نفسه عنه فلاتسمع شهادته علیه فی مقام الأداء، ولعلّه کما قیل: انّ التحمّل کذلک یکون کالمتبرع بشهادته فی الحرص علی الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهاده.

ولایخفی ما فیه، فإنّ عدم قبول شهاده المتبرع بشهادته مسأله اُخری یأتی الکلام فیها، وعلی تقدیر الالتزام بعدم القبول فیها فلا یرتبط بمسأله الحرص بالتحمل، حیث یمکن أن یکون الداعی له إلی التحمل أمراً آخر، مع بنائه أن لایشهد فی مقام الاداء إلاّ مع المطالبه.

وبالجمله: فلا موجب لرفع الید عن اطلاق ما دل علی قبول شهاده العدل والقضاء بالبینه إلاّ فی موارد ثبت فیها أحد العناوین المتقدّمه الوارده فی الروایات عدم سماع شهادتهم وانطباقه علی الشاهد فی مقام الاداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إلیه هوالعمده فی المقام.

وأمّا التمسک فی عدم اعتبار الاستدعاء إلی التحمل بقوله سبحانه: «إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ»(۱)، فلا یمکن استظهار نفوذ الشهاده مطلقاً، فإنّ غایته وجوب اداء الشهاده مع العلم، نظیر قوله سبحانه: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا»(۲)، فی أنّ المستفاد منه النفوذ فی الجمله، لعدم کونه فی بیان الحکم الوضعی، وعن سلاّر والحلبی أنّه لو کان تحمّل الشهاده بغیر الاستدعاء، فلا یجب علی المتحمّل ادائها، بخلاف ما إذا کان تحمّلها بالاستدعاء فإنّه یجب علیه الإجابه إلی الاداء، ویستفاد من بعض الروایات.

کصحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم

۱- (۱) الزخرف:۸۶.

۲- (۲) البقره:۲۸۲.

....

الشَرح:

يشهد عليها فهو بالخيار، ان شاء شهد وإن شاء سكت».(١)

ومثلها صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أُشهد لم يكن إلاّ أن يشهد».(١)

وفى صحيحه أُخرى لمحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت»(٣)، ولعلها عين الأُولى بسند آخر.

وفى روايه محمد بن مسلم قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهاده على ما سمع منهما؟ قال: ذلك إليه إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه وإن لم يشهد فلا شىء لأنّهما لم يشهداه».(۴)

وقد حمل هذه الروايات على صوره عدم توقف ثبوت الحق على شهادته لوجود شاهد آخر أو غيره.

وقد ذكر فى الجواهر تعين هذا الحمل كما يومى إلى ذلك موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلاّ إذا علم مَن الظالم فيشهد، ولايحل له إلاّ أن يشهد»(۵)، ولعل مراده قدس سره بالايماء نحو ظهورها فى وقوع الظلم والتعدى لو لا شهادته.

وأيد ذلك أيضاً بخبر ابن أشيم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم: اشهدوا، أيقع الطلاق

١- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۴:۲۳۲.

الرابعه: التبرع بالشهاده قبل السؤال، يطرق التهمه فيمنع القبول[۱] ، أمّا فی حقوق اللّه، أو الشهاده للمصالح العامّه فلايمنع، إذ لامدعی لها، وفيه تردّد.

الشَرح:

عليها؟ قال: نعم هذه شهاده أفيتركها معلّقه، قال: وقال الصادق عليه السلام : العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً»(۱)، وكأنّ المراد إنّه لايجوز ابقاء المرأه كالمعلّقه، كما لا يجوز ترک الشهاده مع مظلوميه صاحب الحق، فعلی العالم بالواقعه أن يشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقه انّ علی الشاهد علی واقعه وإن لم يستشهد أن يشهد علی الظالم، فيها سواء توقّف دفع الظلم علی شهادته أم لا، وبما أنّ هذه الموثقه أخص من الأخبار المتقدمه يرفع اليد عن إطلاقاتها.

ودعوی أنّ المراد بالظالم هو المتعدی بحسب الواقع ولو كان عند عذر لجهله ونسيانه، لا يمكن المساعده عليه، وروايه علی بن أحمد بن أشيم ظاهرها كفايه السماع فی الطلاق المشروط بحضور العدلين وأنّه لا يجوز لبعلهابعد ذلک ابقائها كالمعلّقه.

[۱] المنسوب إلی المشهور انّه لا تسمع شهاده المتبرّع بشهادته فی مجلس القضاء، بل يعتبر فی سماعها أن تكون شهادته بعد سؤال الحاكم ومطالبته.

ويستدل علی ذلک بأنّ التبرع فی الشهاده يوجب التهمه فيدخل الشاهد فی المتهم المعدود فيمن تردّ شهادتهم، وبروايات نبويّه من غير طرقنا.

منها: ما عن النبی صلی الله عليه و آله : «ثمّ يجیءقوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها».(۲)

ومنها: ما عنه صلی الله عليه و آله : «ثمّ يفشوالكذب حتی يشهد الرجل قبل أن يستشهد».(۳)

ومنها: عنه صلی الله عليه و آله : «تقوم الساعه علی قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا».(۴)

۱- (۱) المصدر نفسه: الحديث ۸و۹:۲۳۲.

۲- (۲) مسند أحمد ۴: ۴۲۶.

۳- (۳) سنن ابن ماجه۲:۶۴.

۴- (۴) دعائم الإسلام ۲:۵۰۶.

....

الشَرح:

مع ما ورد من: «أنّها تقوم على شرار الخلق».(۱)

بناءً على أنّ المراد بالأخيرين أيضاً اداء الشهاده قبل المطالبه لا أداؤها من غير أن يتحمّلها.

أقول: أمّا الروايات فلا يمكن الاعتماد على شيء منها لضعف اسنادها، بل معارضتها بما روى عنه صلى الله عليه و آله قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول اللّه قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد»(۲)، بناءً على أنّ المراد منه ما يعمّ مقام اداء الشهاده لا خصوص تحمل الشهاده.

ودعوى انجبار ضعف اسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، فإنّ فى المشهور كالماتن من علّل عدم السماع بطرو التهمه ولم يستند إلى شيء منها.

وأمّا دعوى طروء التهمه فلا يمكن المساعده عليها أيضاً، فإنّ المراد بالمتهم فى صحيحه عبداللّه بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل والفسق، أو من يكون متهماً فى أقواله ككثير الخطأ، وقد تقدم سماع شهاده الزوج لزوجته وكذا الصديق لصديقه والأخ لأخيه والولد لوالده إلى غير ذلك.

وبالجمله: الشاهد مع عدالته وثقته كما هو المفروض فى المقام لا يدخل فى المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهاده لوصول ذى الحق إلى حقه.

والعجب ممن ردّ شهاده المتبرع للتهمه ذكر سماع الشهاده المزبوره منه فيما لو كرّرها بعد السؤال عنه فى مجلس آخر أو حتى فى ذلك المجلس بعد سؤال الحاكم.

وعن ظاهر الأردبيلى: أنّ التبرع لا- يوجب ردّ الشهاده، وعن السبزوارى الميل إليه، واختاره صاحب المستند ونسبه إلى ابن ادريس.

۱- (۱) البحار۱۸:۶، صحيح مسلم ۶:۵۴.

۲- (۲) سنن البيهقى۱۰:۱۵۹ مع اختلاف يسير.

الخامسه: المشهور بالفسق إذا تاب، لتُقبل شهادته، الوجه أنّها لاتقبل[١] حتى يُستبان استمراره على الفلاح، وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أَقْبَلُ شهادتك.

الشَرح:

وعلى ذلك فالأظهر الأخذ بما دل اعتبار البينه ونفوذ القضاء بها، ولو فرض فى البين اجماع فالمتيقن منه عدم الاكتفاء بها بل عليه تكرارها بعد سؤال الحاكم.

هذا كلّه بالاضافه إلى الدعاوى بين المترافعين، وأمّا فى الشهاده بحقوق اللّه كحدوده والمصالح العامه كالأوقاف العامه والطرق النافذه و والخانات ونحوها، فالمشهور على ما قيل سماع شهاده المتبرع فى شهادته، ولكن المحكى عن الشيخ فى النهايه عدم السماع مع ما يقال من أنّ نهايته متون الأخبار و مضامينها، نعم وافق فى المبسوط المشهور.

وربّما يستدل على السماع فيما ذكر بأنّه لو لم تسمع شهاده المتبرع فيها تتعطّل تلك الحقوق حيث لا يكون مدعٍ خاص فيها، وفى كشف اللثام جريان ذلك فى المصالح العامه أيضاً، حيث إنّ المصلحه على تقدير شمولها للعدول تكون الشهاده بها دعوى فلا تسمع، ولو توقف سماعها على دعوى غيرهم من العدول يكون ذلك بلامرجح، بل يلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم على دعوى غيرهم وثبوت دعوى غيرهم على اعتبار شهادتهم.

أقول: لا يخفى ما فى الاستدلال على الاعتبار بما ذكر، فالصحيح الأخذ بما ورد فى ثبوت الحد وتعلّقه بالشهادات، على ما يأتى فى بحث الحدود، والأخذ فى المصالح العامه بما دلّ على اعتبار البيّنه و شهاده العدلين.

[١] ذكر قدس سره أنّ المشهور بالفسق إذا تاب وكانت الغايه من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبه، بمعنى أنّ هذه ليست كافيه فى دخوله فى العدل فلا تقبل شهادته حتى يظهر استمراره على الصلاح، وحكى عن الشيخ قدس سره أنّه يجوز للحاكم أن يقول للمشهور بالفسق: تب من معاصيك أو معصيتك أقبل شهادتك.

....

الشَرح:

ويستظهر من هذا الكلام أنّه لو أظهر الفاسق المزبور التوبه و لو فى مجلس الحكم لتُقبل شهادته قُبلت، ولذا استشكل فيه بأنّه لا موجب لقبول اظهاره التوبه لاسيّما التوبه التى كان غرضه منها قبول شهادته.

وذكر فى الجواهر ما ملخّصه: انّ التوبه وهى الندم على ما فعل من الذنب والبناء على تركه فيما يأتى فيما وقعت امتثالاً لأمر اللّه سبحانه بها تكون توبه حقيقه، فإنّ التوبه من العباده وإذا كان الموجب لقبول شهادته التوبه حقيقه فلم تحصل، بل يمكن دعوى انّ الواقع معصيه أُخرى لتركه التوبه الواجبه بنحوالعباده.

وحكى عن التجريد للطوسى قدس سره انّه يعتبر فى التوبه ترك الذنب لقبحه شرعاً كمايعتبر فيه ترك جميع المعاصى التى كان ارتكبها، ولا يكفى أن تقع عن بعضها، وقال: إنّ الثانى فى حصول التوبه غير معتبر، وأنّه تصح التوبه بالاضافه إلى ما قد ندم عنه وتركه، وان رجع ترك الذنب لقبحه إلى ما ذكرنا فهو صحيح وإلاّ فالأقوى خلافه.

ثمّ تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أنّ كلامه ناظر إلى أنّ الشاهد إذا أظهر التوبه حقيقه يقبل قوله حملاً لاظهاره على الصحه، ولكن أورد عليه بأنّ الحمل على الصحه يجرى فى الأفعال كالبيع والنكاح والصلاه إلى غير ذلك.

وأمّا الأُمور القلبيه التى منها التوبه على ما تقدم من أنّها ندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لابدّ من احرازها بالآثار الكاشفه عنها، والأثر مداومه الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبه منه، كما ذكروا نظير ذلك فى العداله بمعنى الملكه.

أقول: ما ذكره قدس سره من عدم كفايه قوله أنّه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو أنّه يتوب فعلاً فى احراز عدله صحيح، لأنّ التوبه وإن كانت أمراً قلبياً إلاّ أنّها كالعداله ذات آثار

....

الشَرح:

محسوسه تحرز بتلك الأثار، وهى الاستمرار على الفلاح، إلاّ أنّ ما ذكره أخيراً، من أنّ التوبه من الواجب التعبدى النفسى، لايمكن المساعده عليه، حيث تقدّم أنّ وجوبها ارشاديلا يكتب على تاركها إلاّ ما ارتكبه من الذنب لاذنب آخر، وإلاّ استمر تعداد الذنوب فى الزياده، لكون وجوبها فورياً بنحو الفور فالفور.

وبالجمله: التوبه وهى الندم على ما وقع والبناء على عدم تكراره أمر واقعى يدخل الشخص بحصولها فى نفسه بالاضافه إلى جميع ما صدر عنه من المعاصى فى عنوان العدل، إلاّ أنّ مجرّد إخباره أو إظهاره الندم والبناء لا يعتبر فى كشفها.

نعم لايبعد أن يقال: بأنّه يعتبر فى وقوعها مكفّره حصولها بداعى التخلّص عن الوزر الأخروى المترتب على ذنبه، فالندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً لمجرد التحفّظ بسلامه جسمه وعدم ابتلاءه بالمرض مثلاً لا يكون توبه مكفّره للذنب، إلاّ إذا كان بنحو الداعى إلى الداعى، كما لا يبعد ذلك فى التوبه لترتب قبول شهادته عليها.

بقى فى المقام أمر، وهو ما ذكره جماعه من أنّه يعتبر فى تحقق التوبه المكفّره التخلّص من سائر تبعات الذنب من حق الغير، كما فى منع الزكاه والخمس والغصب وغيره ممّا يتعلّق بأموال الناس، فإنّ على التائب إيصالها إلى مستحقّيها وابراء ذمّته منها، بأن يؤدى الزكاه أو الخمس ويردّ أموال الناس عليهم مع بقائها ويغرم بدلها، أو يأخذ الإبراء من مالكها مع تلفها، ولو كان معسراً نوى الغرامه عند طروّ التمكن واليسر.

وكذا فيما كان حق الناس من غير المال كالقصاص والقذف، فيأتى المستحق ويمكّنه، من استيفاء حقّه فإن لم يعلم ولىّ القصاص كونه قاتلاً فعليه أن يُخبره بالحال، ويقول: أنا الذى قتلت أباك مثلاً فلزمنى القصاص فإن شئت فاقتصّ وإن شئت فاعف،

....

الشَرح:

وفى الغيبه والقـذف فيمـا إذا بلغـا المغتـاب والمقـذوف يقول مثل ذلك، وأمّا مع عـدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمى فلا ـيزول إلاّ ـ بـابرائه وذهب إلى ذلك الأكثر على ما فى المسالك، وعـدم وجوب الإظهار بل عـدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زياده الأذى و وغر القلوب.

وعلى الوجوب لو تعـذّر الاسـتحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاسـتغفار والأعمال الصالحه، فإنّه عسـى أن تكون الأعمال الصالحه عوضـاً عمّـا يؤخـذ من حسـناته لصـاحب الحق لو لـم يعوض اللّه عنه، ولا اعتبار فى القـذف والغيبه بتحليل الوارث وان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

وهذا بخلاف الحق المالى فإنّه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه ويبرأ بدفع المال إليهم أو بابرائهم.

ولو كـان فيها حق اللّه كالزنا وشـرب الخمر، فإن لم يثبت عنـد الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامه الحـد عليه، لأنّ التوبه قبل الثبوت مكفّره، وإن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتى الحاكم لإقامه الحد عليه.

وذكر فى الجواهر بعـد حكايه ذلك: انّ الظاهر عـدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب فى تحقق التوبه من ذلك الذنب التى تقدم أنّها نـدم عن الارتكاب وبناء على عـدم الارتكاب، ودعوى انّ الندم لا يتحقق إلاّ بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فانّ التخلص من تبعته واجب آخر لادخـل له فى تحقق النـدم عمّـا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه اتّجه التخلص عنه لعـدم التوبه بـدونه، كما إذا تاب عن التعـدى على الناس فيأموالهم فإنّ التوبه لا تتحقق إلاّ مع إيصال ما فى يده من مال الغير إلى صاحبه وإلاّ فهو باقٍ على الظلم والتعدى.

ص :۴۹۶

السادسه: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين فى الشهود[١] مايمنع القبول، فإن كان متجدّداً بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلاً قبل الإقامه وخفى عن الحاكم نقض الحكم.

الشَرح:

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنّه تتحقق التوبه من ذنب قتلهم وإن فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، ويمكن حمل كلماتهم على ذلك بناءً على امكان التوبه عن ذنب دون آخر، كمايظهر ذلك من البهائى فيأربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، ولا ينافى ذلك ما فى بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبه تجمعها سته أشياء؛ الحديث»، وقوله عليه السلام عندما سمع قائلاً يقول استغفر اللّه: «ثكلتك أُمّك أتدرى ما الاستغفار الحديث»(١)، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبه من جميع المعاصى أو على المرتبه الأعلى منها؛ انتهى.

أقول: ما ذكره قدس سره من أنّ التوبه عن ذنب لاتتوقّف على التوبه من سائر المعاصى حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذى ارتكبه صحيح، إلّا أنّ هذا لايجرى فى ذنب عيّن الشارع فيه للتوبه طريقاً خاصاً، كما فى ذنب القذف، فإنّه لو فرض أنّه ندم عن قذفه وعفى عنه المقذوف أيضاً، فلاتتحقق التوبه إلّا بإكذاب نفسه كما تقدم.

[١] التعبير بالتبيّن لعله لفرض احراز حال الشهود وجداناً، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما انّه كان فى الشهود مايمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلاً عند شهادتهما يحكم ببطلان القضاء، كما إذا تبين أنّ الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعى فيما يدعى، أو أنّ أحدهما كان قاذفاً لم يتب عن قذفه ونحو ذلك.

وكذا الحال فيما إذا تبيّن فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواءٌ كان حصول التبين عند الحاكم الذى حكم بشهادتهما أم عند غيره، وأمّا إذا تجدّد المانع بعد شهادتهما ولو قبل الحكم، فهذا لايمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأنّ الميزان فى القضاء الصحيح

١- (١) الوسائل: ١١، الباب ٨٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۴:۳۶۱.

اشتراط طهاره المولد فی الشاهد

السادس: طهاره المولد.

فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلاً[۱]، وقیل: تقبل فی الیسیر مع تمسّکه بالصلاح، وبه روایه نادره، ولو جُهلت حاله، قُبلت شهادته، وان نالته بعض الألسن.

الشَرح:

حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا کلّه بالاضافه إلی التبیّن الوجدانی وکذا إذا کان ظهور المانع فی الشاهد عند شهادته تعبدیاً، کما إذا قامت البیّنه بعد الحکم بحصول المانع فی الشاهدین عند شهادتهما فینقض القضاء بذلک من الحاکم المزبور أومن غیره، علی إشکال فی قیام البیّنه الجارحه بعد القضاء علی ما یأتی.

وعلی الأخص فیما أراد النقض الحاکم الآخر مع احتماله انّ القاضی الأوّل قد أحرز الشرائط فی الشاهدین عند شهادتهما بالوجدان ولم یقع منه خطأ، فإنّ أصاله الصحه الجاریه فی قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلاّ مع تبین خطئه عند قضائه فی خصوص هذا الفرض.

[۱] المشهور قدیماً و حدیثاً عدم قبول شهاده ولد الزنا، فإنّه وإن یحکم باسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أیضاً، لتبعیه الولد لوالدیه أو اشرفهما، ولکن لا تقبل شهادته حتی ما إذا کان عدلاً، وعن الانتصار والخلاف والغنیه والسرائر دعوی الإجماع علیه، وفی المسالک نقل عن الشیخ فی المبسوط جواز شهادته، ومال إلیه.

ویشهد لما علیه المشهور روایات:

منها روایه أبی بصیر قال: «سألت أباجعفر علیه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت إنّ الحکم بن عتیبه یزعم أنّها تجوز، فقال: اللّهمّ لا تغفر ذنبه ماقال اللّه للحکم: «وَإِنَّهُ لَذِکْرٌ لَکَ وَلِقَوْمِکَ»(۱)، وظاهرها أنّ المفتی به عند بعض فقهاء العامه کان جواز

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۷۵، والآیه فی الزخرف:۴۴.

....

الشَرح:

شهادته أخذاً بالإطلاق فی الآیه.

ورواها الشیخ قدس سره باسناده عن الحسین بن سعید عن أحمد بن حمزه عن أبان عن أبی بصیر، والظاهر أنّ أحمد بن حمزه هو ابن الیسع بقرینه روایته عن أبان وعلیه فلا بأس بها سنداً ودلالهً وفی صحیحه محمد بن مسلم قال «قال ابو عبد اللّه علیه السلام لا تجوز شهاده ولد الزنا» وموثقه زراره قال سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول لو أنّ أربعه شهدوا عندی بالزنا علی رجل وفیهم ولد زنا لحددتهم جمیعاً، لأنّه لا تجوز شهادته ولا یؤم الناس».(۱)

وظاهرها کظاهر غیرها أنّه مع عدل ولد الزنا لایؤم الناس ولاتقبل شهادته.

وبالجمله: لانطباق هذا العنوان علی الشاهد مانعیه کما ذکرنا فی مانعیته سائر العناوین المانعه.

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن شهاده ولد الزنا، فقال: لاولاعبد»(۲)، ونفی شهاده العبد لاینافی اعتبارها.

وفی صحیحه علی بن جعفر عن أخیه قال: «سألته عن ولد الزناهل تجوز شهادته؟ قل: لایجوز شهادته ولا یؤم».(۳)

وفی مقابل ذلک روایه علی بن جعفر التی رواها فی قرب الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام ، قال سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم یجوز شهادته ولا یؤم(۴) وهذه مع ضعف السند معارضه بالأخبار المتقدمه، فتحمل علی التقیه، بل یمکن القول بإجمالها، لأنّ الظاهر اتحاد المروی عن کتاب علی بن جعفر مع المروی فی قرب الاسناد، فالاشتباه فیأحدالنقلین واقع لا محاله.

نعم فی روایه عیسی بن عبداللّه: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن شهاده ولد الزنا، فقال:

....

الشَرح:

لا تجوز إلاّ فى الشىء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً».(۱)

والظاهر أنّ عيسى بن عبداللّه القمى الثقه، بقرينه روايه أبان عنه، وقد أفتى بمضمونها الشيخ فى النهايه وحكى عن ابن حمزه.

وأجيب بأنّ مفادها عدم قبول شهادته مطلقاً، لأنّ الشىء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنه والأزمنه لاماليه له، وكلّ ما فرض من المال يكون دونه الشىء، وقد ورد نظير ذلك ما ورد فى شهاده الصبيان وأنّه تسمع شهادتهم فى الشىء الدون، بل قيل: انّ ما ورد من وجوب الخمس فى الجائزه التى فيها خطر، مقتضاه وجوبه فى مطلق الجائزه.

ولكن لايخفى ما فى الجواب، فإنّ ظاهرها اعتبار الصدق العرفى بحسب زمان وجود الشىء ومكانه.

ثمّ إنّه إذا نال الشخص بعض الألسن بأنّه ولد الزنا، فهذا لايمنع عن قبول شهادته، لأنّه لو ثبت فى البين فراش فهو طريق شرعى إلى أنّه ولد حلال، ولو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهاده العدل بضميمه الاستصحاب فى ناحيه عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، وقد بيّنا فى بحث الأُصول اعتبار الاستصحاب فى الأعدام الأزليه حتى فيما إذا أخذ فى الموضوع بنحو كان الناقصه. وما فى الدروس، من أنّ ترك شهاده المشكوك فى مقام القضاء مقدمه لترك شهاده ولد الزنا، كماترى.

وما فى الجواهر، من أنّ النهى عن قبول شهاده ولد الزنا ظاهره المانعيه الظاهره فى اختصاصها بالمعلوم دون المشكوك الداخل فيالعنوان الوارد فى عمومات قبول شهاده العدل، ضعيف، لأنّ كلاّ من عنوانى الشهاده وولد الزنا ظاهر فى واقعه، والنهى ارشاد إلى مانعيه العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلاّ ـ ما اشتهر فى الألسن من لزوم احراز المانع، وإلاّ فالأصل عدم المانعيه، والمانع وهو لايرجع إلى محصل، كما بيّن فى محلّه.

ص :۵۰۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ ، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۵ : ۲۷۶ .

اعتبار الصحه فی تحمّل الشهاده

الطرف الثانی:

فیما به یصیر شاهداً والضابط العلم [۱]،

لقوله تعالی: «وَلَا تَقْفُ مَا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»، ولقوله صلی الله علیه و آله وقد سئل عن الشهاده وقال: «هل تری الشمس؟ فقال: نعم قال صلی الله علیه و آله : علی مثلها فاشهد أو دع».

الشَرح:

[۱] المشهور بین الأصحاب اعتبار العلم فی تحمّل الشهاده لتقبل عند ادائها، لقوله سبحانه: «وَلَا تَقْفُ مَا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(۱)، وقوله سبحانه:«إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ یَعْلَمُونَ»(۲)، وغیر ذلک ممّا ظاهره اعتبار العلم فی القول والشهاده.

وظاهرهم اعتبار العلم بمنشائه العادی، کالمشاهده والسماع أو هما معاً، فالمشاهده فی مثل الشهاده بالسرقه والغصب والقتل والزنا والرضاع وما أشبه ذلک، والسماع فی مثل الشهاده بالإقرار والشهاده بالشهاده والعقود والایقاعات والقذف ونحو ذلک، ومقتضی ذلک أن لاتسمع الشهاده بالمبصرات فیما کان اعتقاد جزمی بوقوعها من غیر ابصار، وفی المسموعات من غیر سماع وما شاکل ذلک.

وعن الأردبیلی والخراسانی التوقف فی ذلک، وفی کشف اللثام جواز الاستناد فی الشهاده إلی التواتر، وأنّه یجوز أن یکون مرادهم اعتبار المشاهده بالواسطه وبدونها، وفیما کان العلم مستنداً إلی التواتر او الخبر المحفوف بالقرینه بحیث لم تبق

۱- (۱) الاسراء:۳۶.

۲- (۲) الزخرف :۸۶.

ومستندها: إمّا المشاهده، أو السماع، أوهما، فما يفتقر إلى المشاهده الأفعال، لأنّ آله السمع لا تدركها، كالغصب والسرقه والقتل والرضاع والولاده والزنا واللواط، فلا يصير شاهداً بشيء من ذلك إلاّ مع المشاهده، ويقبل فيه شهاده الأصمّ، وفى روايه يؤخذ بأوّل قوله لا بثانيه، وهى نادره.

الشَرح:

شبهه اصلاً فلا مانع عن الشهاده لحصول العلم.

وفى الرياض بعد حكايه جوازالشهاده بالمبصرات اعتماداً على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينه: أنّه أى الجواز فى محلّه لمكان العلم.

ولكن ظاهر كلماتهم اعتبار الأبصار فى الشهاده، وان يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهده لأجل أنّه لايكفى فى الشهاده مجرّد الابصار، وإن لم يكن موجباً للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

إلاّ أنّه يمكن الاستدلال على ما فى ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعه فى مفهوم الشهاده، فلا يدخل مجرّد الاعتقاد الجزمى غير المستند إلى الحس الظاهر فى معنى الشهاده.

أضف إلى ذلك أنّ الجزم الحاصل من الحسّ الباطنى يختلف شدةً وضعفاً ويتخلف كثيراً، ويظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلك الشهاده، وهذا وان يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهرى فى الموارد التى يأتى كفايه الاعتماد فيها على الاستفاضه، إلاّ أنّ الاجماع على الاكتفاء فيها بها هو المستند، مع مسيس الحاجه واقتضاء الضروره إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا فى تلك الموارد من كفايه الاستفاضه أوضح شاهد، بأنّ الأصل فى الشهاده الحسّ الظاهرى لدخوله فى معناها لغه، ولو سلّم احتمال عدم دخل حسّ الظاهرى وكفايه مجرّد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملى، ومقتضاه

وما یکفی فیه السماع، فالنسب والموت والملک المطلق، لتعذّر الوقوف علیه مشاهده فی الأغلب، ویتحقّق کل واحد من هذه، بتوالی الأخبار من جماعه، لا بضمّهم قید المواعده، أو یستفیض ذلک حتی یُتاخم العلم، و فی هذا عندی تردد.

الشَرح:

عدم نفوذ خبرالعدل وعدم کونه مدرکاً للقضاء ما لم یستند إلی الحس الظاهری.

وذکر فی الجواهر بعد نقل هذا الکلام: أنّه من الغرائب، حیث إنّ مقتضاه أن لا یصحّ لنا الشهاده الآن لأمیرالمؤمنین علیه السلام ، بأنّ النبی صلی الله علیه و آله نصبه یوم الغدیر اماماً وولیّاً علی المسلمین، ولا تصحّ أیضاً الشهاده منّا علی الأوّلین بغصبهما الفدک من الزهراء علیهاالسلام ، ولا الشهاده بغیر ذلک ممّا وصل إلینا بطریق النقل، بل لیست شهادتنا بالتوحید وأنّ محمّداً صلی الله علیه و آله عبده و رسوله شهاده حقیقه.

وبالجمله: الکلام المزبور ساقط من أصله، خصوصاً بملاحظه ما ورد فی سماع شهاده الأعمی إذا أثبته، وإنّ الأصحاب لم یعتبروا فی الشهاده أزید من العلم بالمشهود به، فإنّه لیس معنی الشهاده إلاّ الإخبار بشیء عن جزم ویقین به.

وما ذکروا من الاکتفاء بالاستفاضه فی الأُمور السبعه أو الأزید راجع إلی عدم اعتبار العلم والیقین فی الشهاده بها، بل یکفی فی الشهاده بها مجرّد وجود الاستفاضه الموجبه للظن أو الاطمئنان، ومن اعتبر العلم فیها جعلها کسائر الشهادات، نعم المعتبر فی الشهاده العلم الحاصل للانسان المستقیم الخالی من الأغراض والتسرّع فی الاعتقاد، وتخلّف هذا العلم عن الواقع بأکثر ممّا یتخلّف العلم بالأبصار غیر ظاهر والاشتباه فی الحس أمر معروف؛ انتهی.

أقول: اطلاق لفظ الشهاده علی الاخبار بالشیء إعترافاً وإبرازاً للاعتقاد به لاینکر، ولیس فیه کلام، وإنّما الکلام فیما ورد فی ثبوت الدعوی بشهاده العدلین بالواقعه المرفوعه إلی القاضی، وإنّ اقامه الشهاده بها ظاهره فی الشهاده التی ورد الأمر بتحمّلها ارشاداً فی

وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحمّلاً وشاهدَ أصل، ولا شاهداً على شهادتهما، لأنّ ثمره الاستفاضه الظن وهو حاصل بهما، وهو ضعيف، لأنّ الظن يحصل بالواحد.

الشَرح:

الوصيه، وفى النكاح ونحوه استحباباً، وفى الطلاق شرطاً، أو أنّها غير ظاهره فيها.

ومن المعلوم أنّ الشهاده عند تحمّلها تكون بحسّ الواقعه بالمشاهده أو بالسماع، وبهما معاً، ولو لم يكن ظاهراً اقامتها ذلک، فلا أقل من عدم احراز عمومها لمجرّد الاعتقاد الجزمى بالوقوع، والأصل عدم النفوذ فى مقام القضاء أو غيره ممّا لاتكون الشهاده بالحسّ.

نعم، تذكر موارد ويقال بعدم اعتبار هذه الشهاده فيها، بل لايعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفى فى الشهاده فيها التناقل والاشتهار المعبّر عنه بالاستفاضه، بحيث لا يحتمل عاده استناد ذلک إلى المواعده وتبانى جمع أو تفيد ظناً متاخماً للعلم.

وبتعبير آخر، يكون الشياع موجباً للعلم العادى المعبّر عنه بالاطمئنان، ويعدّ من تلک الموارد النسب والموت والملک المطلق، كما فى عباره الماتن، حيث إنّ مراده: وما يكفى فيه السماع، هو الإعتماد على التناقل، لا السماع فى الواقعه التى يكون حسّها بالسمع، كالشهاده بالإقرار والقذف وغير ذلک.

وعلّل جواز الشهاده فيها بالسماع بعدم امكان الحس فيها نوعاً من المخبرين، حيث انّ الملک يستمر ويجهل سببه لانقضاء زمانه، والموت أسبابه مختلفه ولا يشاهد الميت، والأمر فى النسب أظهر لعدم الحس بالولاده إلاّ من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن ونقلهن.

ولكن مع ذلک، ولعلّه لعدم الحس والعلم فى البين ذكر: وفى هذا عندى تردد.

وقد حكى عن الاسكافى الاقتصار بالنسب، وتعدّى بعضهم إلى الموت والملک

فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابنى وهو ساكت، أو قال: هذا أبى وهو ساكت، قال فى المبسوط: صار متحمّلًا لأنّ سكوته فى معرض ذلك رضاً بقوله عرفاً، وهو بعيد لاحتماله غير الرضا.

الشَرح:

المطلق، وعن بعض إلحاق النكاح والوقف والعتق والولاء، وعن بعض ابدال الولاء بالولايه، وعن بعض زياده الرق والعداله، وأنهاها بعض إلى أكثر من ذلك، وزاد سبعه عشر مورداً آخر.

وفى بعض الروايات كمرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن البيّنه إذا أقيمت على الحق، أيحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيّنه؟ قال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته»(۱)، وهذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

وعن الشهيد الثانى فى المسالك الاشكال فى جواز الشهاده بالنسب، اعتماداً على التسامع فى الأم، حيث يمكن الحسّ بالولاده، وكذا فى غير الأُم مع انكار المنسوب إليه الحيّ، ولو كان المنسوب إليه مجنوناً ففيه اشكال، لاحتمال إفاقته وإنكاره.

أقول: فى البين مقامات:

الأوّل: جواز اعتماد المكلّف وترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشياع، بأن لايجوز له التزويج بامرأه اشتهرت أنّها أُخته الرضاعيه أو أُخته بالنسب، ولايجوز له شراء ما اشتهرانّه وقف، إلى غير ذلك.

وفى هذا المقام، إن كان الشياع موجباً للاطمئنان والوثوق فلايختصّ جواز الاعتماد بالثلاثه أو السبعه أو الأزيد، بل يجرى فى كلّ موضوع احرز حصوله بالشهره

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۹۰.

....

الشَرح:

الموجبه للاطمئنـان والوثوق، المعبّر عنه بـالعلم العـادى، إلاّ فى مورد جعل الشارع فيه لاحراز الموضوع نحواً من الإحراز، أو نهى فيه عن اتّبـاع غير العلم الوجـدانى، أو كـان الموضوع للأثر نفس العلم بالشـىء على نحو الوصـفيه، لجريان السـيره العقلائيه على اتبـاع الوثوق والاطمئنـان، فتتّبع فى غير مورد الردع، وأمّـا إذا لم تكن الشـهره موجبه للاطمئنان والوثوق فلايعتبر إلاّ فى مورد قد احرز فيه اعتبارالشياع مطلقاً، ولو لم يكن موجباً للعلم العادى، ولايبعد أن يكون النسب كذلك لجريان السيره على اتباع السماع، ممّا لايحتمل عاده حصول الشياع فيه مستند إلى التبانى واحتمال حصوله من التسامع.

والثـانى: جواز الإخبـار بالشـىء اعتمـاداً من المخبر على الشـياع المفيـد للاطمئنـان، أو اعتماداً على مطلق الشـياع فى مورد ذكرنا اعتباره فيه.

والظـاهر كمـا أنّ الإخبـار بنفس الشــياع أمر جـائز كـذلك الاخبـار بنفس الشــىء، بعــد فرض كـون المكلـف عالمـاً بـه، ولو بنحوالحكومه والتنزيل.

والثالث: فى نفوذ قضاء القاضى فى الواقعه، اعتماداً منه على الشياع المعتبر، أو اعتماداً على إخبار عدلين بذلك الشياع.

والظاهر عـدم جواز القضاء بالواقع اعتماداً على الشـياع المزبور، لما تقدم فى بحث القضاء انحصار مدرك القضاء بالبيّنه والإقرار والحلف، وأنّ القاضـى وان يجوزله الحكم بعلمه، إلاّـ أنّ المعتبر من علمه هو علمه الوجـدانى الحاصل من حسّه الواقعه بنفسه لا علمه التعبـدى، وإلاّـ لماكـانت حـاجه فى قضائه إلى حلف المنكر، لأنّ يـده الجاريه على المال علم تعبـدى بأنّه المالك، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاءً بالعلم كما لايخفى.

....

الشَرح:

ثمّ إنّ للحاكم فيما إذا أحرز الشياع بنفسه أو أخبر به البينه أن يحكم بثبوته، ويلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، ولكن هذا ليس من القضاء فى الواقعه كما تقدم، بل يدخل ذلك فى عنوان الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

ولو فرض فى مورد كون الشياع بحيث لا يتخلّف عن الواقع أصلًا، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكلّ من اطلع عليه، فالظاهر جواز الشهاده بالواقع فى الفرض وجوازالقضاء بتلك الشهاده، لأنّ الشياع المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حسّه حسّاً للواقع، فانّه لولاه لما كان هذا الشياع وهذا المقدار يكفى فى صدق البيّنه وشهاده العدلين، حيث انّ حسّ الأثر يعدّ عرفاً حسّاً لذى الأثر.

وبالجمله، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنّه يعتبر فى الشاهد عند تحمّله الشهاده حسّ الواقعه، فلا يكفى مجرّد الحدس بالواقعه، سواء كان حدسه جزمياً أم ظنياً، فإنّ حسّ الواقعه بنفسها أو بأثرها مأخوذ فى معنى الشهاده المعتبره فى مدرك القضاء.

ويؤيّد ذلك ما رواه على بن غياث بن غراب عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لاتشهدنّ بشهاده حتّى تعرفها كما تعرف كفّك».(۱)

وما نقل الماتن وغيره مرسلًا عن النبى صلى الله عليه و آله وقد سئل عن الشهاده قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أودع».(۲)

ولايمكن الالتزام بما عن جماعه، من أنّه يكفى فى الشهاده العلم بالمشهود به ولو حدساً، بل يكفى الاستناد إلى الاستفاضه فى الموارد المشار إليها.

ثمّ إنّ الشاهد فى مقام الاداء لو كان متذكّراً بتحمّلها فلا اشكال فى جواز تلك

ص :۵۰۷

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۲۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۵۰.

۲- (۲) مستدرك الوسائل:۱۷، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲:۴۲۲.

....

الشَرح:

الشهاده تكليفاً ووضعاً، وكذا فيما كان جازماً بتحمّلها ولكن لايتذكرتحمّلها، كما إذا رأى خطه واسمه فى كتاب الشهاده مع جزمه بأنّه قد كتبه ولكن لايتذكّر الواقعه، وقيل: انّه لاتصحّ الشهاده إلّا بتذكر الواقعه المشهود بها.

وفى صحيحه الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداك جاءنى جيران لنا بكتاب زعموا أنّهم أشهدونى على ما فيه، وفى الكتاب اسمى بخطّى قد عرفته، ولست أذكر الشهاده، وقد دعونى إليها، فأشهد لهم على معرفتى انّ اسمى فى الكتاب ولست أذكر الشهاده، أو لاتجب الشهاده علىَّ حتى أذكرها، كان اسمى بخطى فى الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد».(١)

ولكن لابد من حملها على صوره عدم الجزم بالتحمّل، ولو باحتمال التزوير فى الورقه أو فى اسمه و خاتمه، كما تشهد بذلك معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله لا تشهد بشهاده لاتذكرها، فإنّه من شاء كتب و نقش خاتماً»(٢)، فإنّ مقتضى التعليل انّه مع اليقين بعدم التزوير فلابأس بالشهاده.

و ممّا ذكر يظهر الحال فى صحيحه عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الرجل يشهدنى على شهاده فأعرف خطّى وخاتمى ولا أذكر من الباقى قليلاً و لاكثيراً، قال: فقال لى: إذا كان صاحبك ثقه و معه رجل ثقه فاشهد له»(٣)، فانّها تحمل على أنّ ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّه إذا لم يعرف الشاهد الواقعه الحاليّه المطلوب منه الشهاده بها، ولكن

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۲:۲۳۵.

۲- (۲) الوسائل:۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۲و۱:۲۳۵.

....

الشَرح:

كـان شاهـداً بالحـاله السـابقه، ومقتضـى الاستصـحاب بقـاء الواقعه على حالها، فهل تجوز له الشـهاده بالحاله الفعليه اعتماداً على الاستصحاب، أم لا؟

كمـا إذا علم بـأنّ العين كـانت لزيـد سابقـاً ولا يـدرى انتقالها إلى آخر، وطلب زيـد منه الشـهاده بالملكيه الفعليّه، وقـد عقـد فى الوسائل باباً فى جوازالشـهاده بالملك اعتماداً على الإستصـحاب، وكذا الشـهاده بعدم وارث آخر، وقد أورد فيه صـحيحه معاويه بن وهب قـال: «قلت لأبى عبـداللّه عليه السـلام : الرجـل يكون له العبـد والأمه وقـد عرف ذلـك، فيقول: أبق غلامى أو أمـتى. فيكلّفونه القضاه شاهدين بأنّ هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلّفناه؟ قال: نعم»(۱)

ولكـن يعارضـها مـا فى معتـبرته الأُخرى الّتى يمكن التعـبير عنهـا بالصـحيحه، حيث إنّ الراوى عن معـاويه بن وهب يـونس بن عبـدالرحمان، وللشيـخ إلى رواياته وكتبه طريق معتبر، قال: «قلت لأبى عبـداللّه عليه السـلام :الرجل يكون فى داره ثمّ يغيب عنها ثلاثين سـنه ويـدع فيها عياله، ثمّ يأتينا هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث فى داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلّا أنّا لا نعلم أنّه أحدث فى داره شـيئاً ولا حدث له ولد، ولاتقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فى الدار حتى يشـهد شاهدا عدل انّ هذه الدار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشـهد على هذا؟ قال: نعم ، قلت: الرجل يكون له العبد والأمه فيقول: أبق غلامى وأبقت أمتى، فيؤخـذ بالبلـد فيكلّفه القاضـى البينه انّ هـذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أفنشـهد على هـذا إذا كلّفناه ونحن لم نعلم أنّه أحدث شيئاً؟ فقال: كلّما غاب عن يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهدبه».(۲)

۱- (۱) المصدر نفسه: الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۴۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۲و۱:۲۴۶.

....

الشَرح:

ويجمع بين هذه وما قبلها بتجويز الشهاده بالحاله السابقه وعدم الشهاده بالحاله الفعليه، بشهاده صحيحته الأُخرى قال: «قلت له: انّ ابن أبى ليلى يسألنى الشهاده عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثاً، وانّه ليس له وارث غير الذى شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: انّ ابن أبى ليلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنّما هو على علمك».(١)

وبالجمله، انّ الشهاده هى الإخبار بما علمه بحسّه، ولا يكون الاستصحاب علماً حقيقه، فضلاً عن كونه علماً بحسّ الواقعه، وإذا كانت الواقعه مورد المخاصمه بحيث يحتاج إلى فصلها بالقضاء فلا ينفذ فيها إلاّ الشهاده المتقدمه، أخذاً بما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنه والحلف، فمن يدعى خلاف الشهاده المتقدمه فعليه اقامه البيّنه على دعواه، فإنّ من يكون قوله على خلاف الاستصحاب مدّعٍ عدم كون العين بيده.

وأمّا إذا لم يكن فى البين مخاصمه كالدار المزبوره فى الصحيحه والمعتبره فعلى القاضى الحكم على طبق الحاله السابقه، أخذاً بالاستصحاب، ولكن هذا الحكم ليس من القضاء فى الواقعه بل هو تعيين الوظيفه فيها على من لايعلم خلافها.

ولو لم يكن القاضى ملتفتاً انّ الوظيفه هى الأخذ بالحاله السابقه، فللشاهد أن يشهد بالملكيه الفعليّه، وشهادته بها ليست من الشهاده التى مدرك القضاء، حيث إنّه بيان الوظيفه الفعليه فى الواقعه، ويمكن أن يحمل على ذلك الصحيحه الأُولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحريه من الغلام والأمه أو دعوى آخر ملكيتهما، وهذا مع اعتبار الاستصحاب، وأمّا مع عدمه كما إذا كانت العين التى يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملك فلان بيد شخص آخر يدعى ملكيتها، ويعترف بأنّها انتقلت ممّن يشهد الشاهدان بأنّها كانت فى السابق ملكه، فلا تسمع الشهاده بالملكيه السابقه أصلاً.

ص: ٥١٠

الشهاده اعتماداً على الاستفاضه

تفريع على القول بالاستفاضه:

الأوّل: الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، مثل البيع والهبه والاستغنام، لأنّ ذلك لا يثبت بالاستفاضه[١]، فلا يُعزى الملك إليه مع اثباته بالشهاده المستنده إلى الاستفاضه، أمّا لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنّه يكون عن الموت الذى يثبت بالاستفاضه، والفرق تكلّف لأنّ الملك إذا ثبت بالاستفاضه، لم تقدح الضميمه مع حصول مايقتضى جواز الشهاده.

الشَرح:

الأمرالثانى: جوازالشهاده بملكيه العين استناداً إلى يده عليها، فهل الشهاده بالملكيه استناداً إليها كالشهاده بها استناداً إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهاده استناداً إلى يد نافذه تصح كونها مدرك القضاء، نتعرض لهذا الأمر فى المسأله الأولى من المسائل الآتيه.

[١] ذكر قدس سره تفريعين على القول بسماع الشهاده التى استند الشاهد فيها إلى الاستفاضه:

الأوّل: انّ الشاهد بالملك بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذى استفاض خبر الملك بذلك السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذه، كما إذا ذكر انّ زيداً يملك العين الفلانيه بالشراء أو بالاتّهاب أو بالاستغنام أو غير ذلك، لأنّ هذه الاسباب لا تتحمّل الشهاده بها بالاستفاضه، فيكون الشهاده بها مخلّه. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلك السبب كالملك بالاستفاضه، كما إذا شهد أنّ العين الفلانيه ملك زيد ارثاً من أبيه صحّت، لأنّ الموت أيضاً يثبت بالاستفاضه.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ ذكر السبب مع الشهاده بالملك لا يضرّ، غايته أن تكون الشهاده بالسبب ملغاه.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر انّ الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره فى سماع شهادته.

الثانی: إذا شهد بالملک مستنداً إلی الاستفاضه، هل یفتقر إلی مشاهده الید والتصرّف؟ الوجه لا[۱]، أمّا لو کان لواحدٍ ید، ولآخر سماع مستفیض، فالوجه ترجیح الید، لأنّ السماع قد یحتمل اضافه الاختصاص المطلق للملک وغیره، ولا تزال الید بالمحتمل.

الشَرح:

وتظهر الثمره فی سماع الشهاده بالملک دون السبب، فیما إذا کان فی البین مدعٍ آخر لتلک العین وله شهود بالملک والسبب، وکانت شهادتهم غیر مستنده إلی الاستفاضه تقدم بیّنته علی صاحب البینه بالاستفاضه لثبوت السبب الملک بها من غیر معارض، علی ما تقدم فی تعارض البیّنتین، وهذا بخلاف ما إذا کان السبب أیضاً ممّا یثبت بالاستفاضه کالملک بالارث، فإنّ البیّنه المستنده إلی الاستفاضه تعارض الأُخری فی السبب أیضاً.

و ذکر فی الجواهر أنّه: إذا شهد بالملک مع السبب وکانت الشهاده مستنده إلی الاستفاضه یؤخذ بشهادته بالاضافه إلی الملک دون السبب، لأن التبعیض فی الشهاده أمر معروف، وهذا ظاهر فیما إذا شهدت بالملک وانّه بالبیع، وأمّا إذا قال إنّه قد ملکها بالشراء فقد یشکل القبول، لأنّ الشهاده واحده وعدم ثبوت خصوصیه الملک أی فصله یوجب عدم ثبوت الجنس.

أقول: لا یخفی ما فیه، فإنّ الملک لا یکون من قبیل الجنس والشراء من قبیل الفصل، بل هو من قبیل الشهاده بالموضوع وأثره، ولو سمعت بالاضافه إلی الأثر لکونه عاماً، ولا یختص بذلک الموضوع، فلا مانع من عدم ثبوت الموضوع، کما فی الشهاده بالسرقه بواحد ویمین حیث یثبت ضمان الملک، ولایثبت عنوان السرقه لیقطع یده.

[۱] وذکر فی التفریع الثانی علی سماع البینه المستنده إلی الاستفاضه، أنّه لا یعتبر فی سماعها أن یری الشاهد العین بید المشهود له وتصرفه فیها بالبناء والهدم والإجاره وغیرها من التصرفات، ولو کان مدّعٍ آخر بتلک العین وله شاهد یستند فی شهادته إلی

مسائل ثلاث:

الأولی: لا ریب انّ المتصرّف بالبناء والهدم والاجاره بغیر منازع یشهد له بالملک المطلق[۱]. وأمّا من فی یده دار، فلا شبهه فی جواز الشهاده له بالید، وهل یشهد له بالملک المطلق؟ قیل: نعم، وهو المروی، وفیه اشکال من حیث انّ الید لو أوجبت الملک له، لم تسمع دعوی من یقول: الدار التی فی ید هذا لی، کما لاتسمع لو قال: ملک هذا لی.

الشَرح:

الید والتصرف، یقدم الشهاده المستنده إلی الید المستمره علی العین، وعلّل ذلک بأنّه یمکن إضافه المال إلی شخص لا لکونه مالکاً.

بل عبارته قدس سره تعطی انّه لو کانت لأحد فی عین الید المتصرفه فیها، وللآخر سماع الاستفاضه بأنّها له، یحکم بأنّها لذی الید المتصرفه فیها، لأنّ الإستفاضه یحتمل اختصاصها بغیر الملک، بخلاف الید المتصرفه فیها والمستمره علیها، فإنّها لایحتمل فیها غیر الملک.

وقد یقال بأنّ تقدیم الید المتصرفه علی الإستفاضه، فیما إذا کانت الاستفاضه بأنّ العین لفلان، حیث یحتمل اللام الداله علی الاختصاص غیر الملک، وأمّا إذا کانت الاستفاضه بأنّها ملک فلان، فیقدم علی الید المتصرفه، کما هو لازم ثبوت دعوی الملک بالبیّنه المستنده إلی الشیاع.

أقول: لو کانت الاستفاضه معتبره کما تقدم التفصیل، تسقط اعتبار الید المتصرفه، بلا فرق بین استفاضه أنّ العین لزید أو ملک زید، لأنّ ظاهر نسبه المال إلی شخص واضافته إلیه باللام الملکیه، ولافرق فی اعتبار الظهور فی موارد الإخبار بالموضوع أو الحکم، ولو لم تکن الاستفاضه معتبره کما إذا لم توجب الوثوق والاطمئنان، فلا موجب لرفع الید عن مقتضی قاعده الید، وهو ترتیب آثار المالکیه لذی الید.

[۱] ذکر قدس سره أنّه إذا کان شخص یتصرف فی عین بالبناء والهدم والاجاره وغیر ذلک

....

الشَرح:

من التصرفات ولم يكن منازع ينازعه فى ملكها، يجوز أن يشهد بأنّ العين المزبوره ملك له، وادّعى أنّ جواز الشهاده بملكها له لاريب فيه.

وأمّا إذا كانت عين بيد واحد، فإن شهد الشاهد بيده على العين فهذه الشهاده جائزه تكليفاً ووضعاً، وأمّا إذا أراد أن يشهد بملكه للعين، فجواز الشهاده مشكل، وإن قيل بجوازها، وعلى الجواز روايه أيضاً.

والوجه فى الاشكال انّ اليد على العين لو كانت موجبه لملك ذى اليد فلازمه ان لا تسمع الدعوى على ذى اليد فى ملكيتها، فانّ قول المدعى بها مرجعه إنّ هذه العين التى ملك لذى اليد ملكى.

وقد أورد على الماتن قدس سره : لو كان منشأ الاشكال فى جواز الشهاده بالملك لذى اليد ذلك، لجرى هذا الاشكال فى الشهاده بالملك للمتصرف فى العين بلامنازع، لأنّ المتصرف المزبور إن أوجب كون العين له فلا تسمع دعوى أحد عليها فى ملكيتها، لأنّ مرجع قول المدعى هو أنّ العين التى ملك المتصرف ملكى.

وهذا النقص وارد على استدلاله، وان تصدى فى الرياض لبيان الفرق، ولكن لاسبيل إلى الإتيان بالفارق.

والوجه فى ذلك: أنّ التصرف فى العين أو اليد فيه ليس من الأسباب المملّكه، كالأحياء أو البيع والشراء، وغير ذلك من موجبات الملك ، بل كلّ منهما أماره بملك العين، واعتبار الأماره يختص بحق الجاهل بالواقع، والذى يعلم الواقع وانّ العين ليس بملك المتصرف فيها أو لذى اليد، فله أن يدعى عليهما فى العين المزبوره.

وعلى ذلك ، فإن قلنا بأنّه يكفى فى شهاده الشاهد بالواقع احرازه بالاماره المعتبره ولو فى الملك المطلق، فله أن يشهد بملكيه العين للمتصرّف أو لذى اليد، وإن

....

الشَرح:

قلنا باعتبار العلم الوجدانی بحسّ الواقع کما تقدم، فتشکل الشهاده بملکیّتها من غیر فرق بینهما.

ودعوی الاجماع والتسالم علی جواز الشهاده بملکیه العین للمتصرّف المستمر فیها بخلاف الشهاده بملکیته لذی الید علیها، لا یمکن المساعده علیها، لعدم احراز التسالم والاجماع التعبدی فی الأوّل.

ویمکن التفرقه بینها بما ذکرنا سابقاً، من أنّ حسّ الواقع أعم من أن یکون بنفسه أو بأثره، واستمرار شخص علی التصرّفات فی عین بالتصرّف الموقوف علی ملکها طول زمان من غیر منازع ونکیر یعدّ من أثر الملکیه الواقعیه، بخلاف مجرّد الید علی عین، فإنّ الید وان تکون اماره معتبره بمالکیه ذی الید، إلاّ أنّها لا یوجب العلم بها فضلاً عن أن یکون من أثر المحسوس لها، ولکن مع ذلک هذا الفرق أیضاً لایخلو عن تأمّل.

ولکن قیل بجواز الشهاده بالملک بالید عن العین، ویستدل علیه بروایه حفص بن غیاث عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال له رجل إذا رأیت شیئاً فی یدی رجل یجوزلی أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنّه فی یده ولا أشهد أنّه له فلعلّه لغیره، فقال أبو عبداللّه علیه السلام : أفیحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبداللّه علیه السلام : فلعلّه لغیره فمن أین جاز لک أن تشتریه ویصیر ملکاً لک، ثم تقول بعد الملک: هو لی، وتحلف علیه، ولا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبوعبداللّه علیه السلام : لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق.(۱)

أقول: ما یذکر فی المقام من عدم سماع بیّنه الملک المستنده إلی الید، المراد مقام الترافع والتنازع، وأمّا فی غیر ذلک، کما إذا أراد انسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ

۱- (۱) الوسائل :۱۸، الباب ۲۵ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۲:۲۱۵.

....

الشَرح:

ذا اليـد مالكه جائز بلا اشـكال، حيث بعد اعتبار اليد أماره بالملك يعلم بأنّه مالك. وقد تقدم أيضاً أنّ البينه بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه فى دعوى الآخر ملكيّتها.

فينحصـر الكلاـم فى أنّه إذا ادعى أحـد على الآخر انّه مالك العين دونه فان أقام بينه فاللازم أن يشـهد الشـهود بالملكيّه المحرزه لهم من غير ناحيه اليـد، بأن كان احرازهم بحضورهم شـرائها أو ارثها، ولو شـهدوا بالملكيه باليد فان كانت العين عند شـهادتهم بيد المدعى عليه فشـهادتهم كاذبه، وإن لم تكن بيده فتجعل شـهادتهم المشهود له المدعى عليه فى الواقعه، فله الحلف على نفى دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بيّنه معتبره.

وروايه غيـاث مع ضـعف سـندها بقـاسم بن يحيى غير نـاظره إلى الشـهاده فى مقـام الترافع، بل ناظره إلى الشـهاده بمعنى الإخبار بملكيه ذى اليـد، وقوله فى مقـام الـدعوى عليه كمـا يظهر ذلـك بملاـحظه صـدرها و ذيلهـا الوارد فيه: لو لم يكن هـذا لمـا قـام للمسلمين سوق.

ويظهر مـا ذكرنـا ممّـا ورد فى تعـارض البيّنـات مع كون العين فى يـد أحـد المتنازعين واقامه كل منهما البينه على أنّها ملك له، ووجه الظهور انّ ملاحظه ما ورد يوحى أنّ المغروس فى أذهان السائلين هو أنّه إذا اختصّت البينه بالمـدعى لثبت دعواه على ذى اليـد، ولذا فرضوا اقامه كلّ منهما البيّنه بملكيه العين له، وهذه البيّنه لا يمكن أن تكون مسـتنده إلى مجرّد اليد وإلاّ لم يكن معنى لتقديمها على اليد فى الآخر كما ذكرنا، لمعلوميه كذبها كما لا يخفى.

الثـانيه: الوقف والنكاح يثبت بالإسـتفاضه [١]، أمّـا على مـا قلنـاه فلاـ ريب فيه، وأمّـا على الاسـتفاضه المفيـده لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأبيد، فلو لم يسمع فيه الإستفاضه لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود.

وأمّا النكاح، فلأنّا نقضـى بأنّ خديجه عليهاالسـلام زوجه النّبى صـلى الله عليه و آله كما نقضـى بأنّها أُمّ فاطمه عليهاالسـلام ، ولو قيل: انّ الزوجيه تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلاّ إذا استند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهده العقد ولاعن إقرار النّبى صـلى الله عليه و آله ، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضه التى هى الطبقه الأولى، ولعل هذا أشبه بالصواب.

الشَرح:

[١] المعروف بأنّ الوقف والنكاح يثبت كلّ منهما بالاستفاضه، ولكن لايختص الثبوت بهما بل يجرى فى غيرهما ممّا تقدم آنفاً.

وذكر قـدس سـره انّه بنـاءً على اشتراط الإسـتفاضه المفيـده للعلم واليقين فلاـ كلاـم فى الثبوت، وأمّـا لو لم تكن مفيـده إلاّ الظن الغـالب فيمكن أن يقـال فى وجه ثبـوت الوقـف بهـا، بـأنّ الوقف للتأبيـد فلو لم تسـمع فى ثبوت الوقف هـذه الاسـتفاضه لبطلت الوقوف مع توالى العصور لانقضاء الشهود الأصل، واعتبار شهود الفرع يختصّ بالشهود بشهاده شهود الأصل.

كمـا يمكن أن يقال فى وجه ثبوت النكاح بها، بأنّه لو لم يثبت النكاح بالاسـتفاضه لما صـحّ لنا الحكم بأنّ خـديجه عليهاالسـلام زوجه النبى صلى الله عليه و آله ، كما لا يصحّ أن نقول بأنّها أمّ فاطمه عليهاالسلام ، و دعوى انّ ثبوت ذلك بالتواتر لا تفيد، فإنّ إخبـار المخبرين فى الطبقـات لابـدّ من أن تنتهى إلى إخبـار الطبقه المخبره بـالواقعه المحسوسه لهم، ومن الظاهر أنّه لم تكن فى الطبقه الأولى حسّ بنكاحهـا أو بـاقرار النبىّ بالمشاهـده والسـماع بعـدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الاسـتفاضه، وذكر فى آخر كلامه انّ الثبوت بالاستفاضه أشبه بالصواب.

....

الشَرح:

و ذكر فى الجواهر: إنّ غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فان كان المراد الاستفاضه الموجبه للعلم وانّ القاضى فى مقام القضاء يحكم بالنكاح والوقف، فهذا لايختص بالنكاح والوقف، وإن كان المراد الاستفاضه غير الموجبه للعلم، وانّ الحكم بهذه الاستفاضه يختص بهما فهذا أيضاً مشكل، لأنّ ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضه أو بالبينه القائمه بها قضاءً أو بنحو الافتاء، فلا نعيد.

ونقل قدس سره عن المسالك انّ الاستفاضه فى تزويج خديجه عليهاالسلام كانت بحدّ التواتر فى الطبقه الأُولى السامعين للعقد، فإنّ النبى صلى الله عليه و آله فى ذلك الوقت كان من أعلى قريش، وعمّه أبوطالب المتولى لتزويجه كان رئيس بنى هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قريش، وخديجه عليهاالسلام كانت من أجلاّء بيوتات قريش، وكانت خطبه أبى طالب فى المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، وعلى ذلك فدعوى عدم استناد الطبقه الأُولى إلى سماع العقد ومشاهدته إلابحدّ الاستفاضه المفيده للظن الغالب ضعيفه.

وناقش فى هذا الكلام، بأنّ لحاظ التزويج فى بنات السلاطين وأولادهم يقضى أنّ علوّ المقام وشهره الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعتبر فى التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضه من الطبقه الأُولى مفيده للعلم وإن لم يكن بحدّ التواتر، نظير الإستفاضه فى البلدان والملوك وغير ذلك صحيحه.

أقول: قد تقدم انّ الإستفاضه لوكانت بحيث ولو بملاحظه الأُمور الخارجه عنها، يوجب لكلّ من اطلع عليها الجزم بالواقع، يعدّ ذلك من حسّ الشىء بالأثر، فيصحّ الحكم بها والاعتماد على البيّنه القائمه بتلك الاستفاضه.

ص :۵۱۸

الثالثه: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشـهاده وأداؤها، ويبنى على مايتحققه الحاكم من اشارته[١]، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمه العارف باشارته، نعم يفتقر إلى مترجمين، ولا يكون المترجمان شاهدين على شـهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلًا، لابشهاده المترجمين فرعاً.

الشَرح:

[١] يصـحّ للأخرس تحمل الشـهاده وأداؤها، ويلاحظ الحاكم مايفهم من اشارته، كمايلاحظ مايفهم من عباره غيره من الشـهود، وان جهل الحاكم اشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهاده الشاهد بلغه لا يعرفها الحاكم.

وذكروا أنّه يعتبر فى المترجم التعـدّد، فإنّ الترجمه أيضاً تدخل فى الشـهاده بما أظهر الآخر من مراده، ولكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمه تفسيراً لاشارته أو ما يتلفظ به.

وكيف ما كان فلا تكون الترجمه من الشـهاده على الشـهاده بأن تحسب أنّها شـهاده على شهاده الأصل بالواقعه، بل ثبوت الواقعه بشـهاده الأصـل، أى الأخرس أو غيره ممّن يترجم كلامه، ولـذا يعتبر وقوع اشاره الأخرس فى محضـر الحاكم، ولوكانت الترجمه من شهاده الفرع فلا تسمع، لأنّه يعتبر فى سماع شهاده الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم.

ثمّ إنّه قد ذكر فى النافع والرياض انّ العارف باشاره الأخرس فى مقام الشـهاده بإقراره يجب أن يشهد باشارته التى رآها منه، بأن يحكى نفس إشـارته أوّلاًـ ثمّ يقول انّه أراد ذلـك منها، وان اقتصـر على ذكر ما فهمه من اشارته لا تسـمع ترجمته، وعلّلوا ذلك باحتمال خطأ المترجم فى الفهم فيلزم الكذب فى اقراره.

وذكر فى الريـاض: لعـلّ مراد من علّل لزوم حكايه نفس الإشاره بأنّه لولاها لزم الكـذب هو احتمال لزومه، ثمّ وجّه التعليل بلزوم الكذب بأن الاقرار معناه حقيقه هو

الثالث: مايفتقر إلى سماع والمشاهده، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجاره، فإنّ حاسه السمع يكفى فى فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفه اللافظ، ولا لبس فى شهاده من اجتمع له الحاستان.[١]

الشَرح:

الإخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، واطلاقه على الإخبارعنه بالاشاره بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من اشاره الأخرس كان منصرف كلامه أنّه تكلّم بذلك، فيكون كذباً، بخلاف ما حكى اشارته أوّلاً، وردّه بأنّ كونه أخرس قرينه حال واضحه بأنّ المراد اشارته لا تكلّمه.

أقول: لا يخفى الشاهد باقرار الأخرس أو بغير اقراره لا يلزم عليه حكايه اشارته أوّلاً، كما لايلزم على المترجم لكلام من لايعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكى نفس ألفاظه أوّلاً، بل إخباره بأنّ المفهوم عند من يعرف إشاره الأخرس ذلك أو أنّ المفهوم من كلام المتكلم بلغه أُخرى عند أهل محاوراته ذلك كفى فى الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفاً ثقه، واللّه العالم.

[١] الثالث من المستند فى تحمّل الشهاده ومشاهدته معاً، وهذا فى تحمّل الشهاده بالعقود والإيقاعات ونحوهما، فإنّ تحمل الشهاده بنفس العقد أو الإيقاع ونحوهما يكون بالسّماع والتعرف على العاقد والموقع يكون بالمشاهده، وعليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلااشكال فى شهادته تحملاً واداءً.

وأمّا الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد والإيقاع، وأمّا بالاضافه إلى العاقد والموقع فلاتقبل إلّا فى صورتين:

احدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهاده معرّفان يعرفانه العاقد أو الموقع، وفى هذه الصوره يجوز للأعمى الشهاده بالعقد وعاقده، ويحسب الأعمى من شاهد الأصل بالاضافه إلى العقد وعاقده، وهذا يجرى فى شهاده البصير أيضاً، فإنّه يجوز للبصير

أمّا الأعمى، فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقّق الآله الكافيه فى فهمه فإن انضم إلى شهادته معرّفان جاز له الشهاده على العاقد، مستنداً إلى تعريفهما، كمايشهد المبصر على تعريف غيره، ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، والوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأنّا نتكلّم على تقديره.

الشَرح:

تعرّفه بمن يتحمّل الشهاده له بالمعرفان

وربّما يستدل على ذلك بصحيحه محمّد بن قيس قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت»(۱)، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر.

ويظهر ذلك من صحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن الأوّل قال: «لابأس بالشّهاده على اقرار المرأه، وليست بمسفره، إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأمّا إذاكانت لا تعرف بعينها ولايحضر من يعرفها فلا يجوز للشّهود أن يشهدوا عليها أو على اقرارها، دون أن تسفر وينظرون إليها».(۲)

ولكن المحكى عن جماعه أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد فى صوره التعريف على العاقد مطلقاً، بل عليه أن يقول مثلًا: اشهد على زيد بتعريف فلان وفلان، ويحتمل أن يكون مراد الماتن أيضاً من عبارته ذلك، ففى الحقيقه تكون شهاده الأعمى بالاضافه إلى العاقد من شهاده الفرع، غايه الأمر لا يعتبر فى شهاده الفرع فى المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهاده على العاقد، حيث إنّ المعرّفين فى مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، والاعمى يشهد بشهادتهما وعللوا عدم جواز شهاده الأعمى بالعاقد فى الفرض مطلقاً، بأنّ فى شهادته مطلقاً ايهاماً بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم فى الواقعه لو أراد الجرح فى شهود التعريف.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۹۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۹۷.

وبالجمله: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلاً وموديّاً، عن علمه و عن الاستفاضه فيما يشهد به بالاستفاضه.

ولو تحمّل شهاده وهو مبصر ثمّ عمى، فإن عرف نسب المشهود أقام الشهاده، وإن شهد على العين وعرف الصوت يقيناً جاز أيضاً، أمّا شهادته على المقبوض فماضيه قطعاً وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عباره حاضرعنده.

الشَرح:

والثانيه: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه وعرفه بصوته، ففى هذه الصوره، الصادق عليها الاثبات تسمع شهادته مطلقاً على العاقد والموقع، وان ناقش بعضهم كالشيخ فى الخلاف فى شهادته بالاضافه إلى العاقد، وذكر أنّها لاتقبل، لأنّ الأصوات تتماثل.

وفيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد وعرفانه كعرفان الأعمى ابنه وبنته وصديقه إلى غير ذلك.

أقول: إذا ذكر الأعمى فى شهادته أنّه قد أثبت العاقد والموقع، فهذا المقدار كافٍ فى قبول شهادته، كما هو ظاهر الصحيحتين، ولو فرض انّ الأعمى تحمّل الشهاده على المقبوض بيده إلى أدّى الشهاده عليه، فشهادته ماضيه قطعاً، فلا يرد فى الفرض ما ذكروا من المناقشه فى سماع شهادته فى الصورتين المتقدمتين.

ولكن ناقش فى المسالك فى هذا الفرض أيضاً بأنّ تحقق هذا الفرض وتصويره عسر، فاللائق أن يقال بعدم سماع شهاده الأعمى بالاضافه إلى ما يكون تحمّل الشهاده به بالمشاهده حسماً لباب الشبهه، نظير حسم مادّتها فى عدم قبول شهاده الفاسق.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهى عن سماع شهاده الفاسق مطلقاً لم يدع لسماع شهادته مورداً إلّا بالاضافه إلى الإقرار على نفسه، وأمّا شهاده الأعمى فقد ورد الأمر بسماع شهادته إذا أثبت، سواء كان مورد اثباته فرضاً نادراً أم غير نادر، عسراً عليه أم لا، فلامورد للتأمّل فى سماع شهادته مع عدله واثباته، كما لا تأمّل فى قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عباره غيره ممن لايعرف الحاكم لغته.

أقسام الحدود والمثبت لها

الطرف الثالث:

فى أقسام الحقوق

وهى قسمان: حقّ اللّه سبحانه، وحقّ الآدمى.

والأوّل منه: ما لا يثبت إلاّ بأربعه رجال، كالزنا واللواط والسحق[١]، وفى اتيان البهائم قولان، أصحّهما ثبوته بشاهدين.

الشَرح:

[١] اشتهر فى كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق اللّه وحقوق الآدمى، وذكروا أنّ فى حقوق اللّه سبحانه ما لايثبت إلاّ بأربعه رجال. وادعوا الإجماع بأنّ كُلّاً من الزنا واللّواط والمساحقه لا يثبت إلاّ بأربعه رجال.

ويشهد لاعتبار أربعه رجال فى الزنا الكتاب المجيد والروايات، بل الاعتبارمن ضروريات الفقه، قال اللّه سبحانه:«وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَهً»(١)، وقوله سبحانه: «وَاللاَّتِى يَأْتِينَ الْفَاحِشَهَ مِن نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ»(٢)، وقال تعالى:«وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ».

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام عن على عليه السلام : «لايرجم رجل ولا امرأه حتى يشهد عليه أربعه شهود على الإيلاج والإخراج».(٣)

١- (١) النور:۴.

٢- (٢) النساء:١۵.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢و١:٣٧١.

ما يثبت به الزنا

ويثبت الزنا خاصه بثلاثه رجال وامرأتين[۱]، وبرجلين وأربع نساء، غير أنّ الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولايثبت بغير ذلک.

الشَرح:

وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنّهم رأوه يدخل ويخرج»(۱)، إلی غير ذلک، وهذا بالاضافه إلی الزنا.

وأمّا بالاضافه إلی اللواط، فقد ذكرنا أنّ الحكم متسالم عليه عندهم، ويمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، و ورد أيضاً بأنّ كل اقرار يحسب شهاده.

وفی صحيحه مالک بن عطيه عن أبی عبداللّه عليه السلام : «بينما أميرالمؤمنين عليه السلام فی ملاءٍ من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أميرالمؤمنين إنی أوقبت غلاماً فطهرنی إلی أن قال: فلمّا كان فی الرابعه قال له: يا هذا إنّ رسول اللّه صلی الله عليه و آله حكم فی مثلک بثلاثه أحكام فاختر أيّهن شئت؛ الحديث».(۲)

وإذا انضم ذلک إلی ما ورد فی معتبره سعد بن ظريف فيأربع إقرارات اللّهمّ إنّی قد أثبت ذلک عليها أربع شهادات»، تكون النتيجه ثبوت اللواط بشهاده أربعه رجال.

ويمكن الاستدلال أيضاً إنّ مقتضی الآيه: «وَاللاَّتِی يَأْتِينَ الْفَاحِشَهَ مِن نِسَائِكُمْ»(۳)، عدم الفرق بين الزنا والسحق فی اعتبار استشهاد الأربعه، وإذا كان الاستشهاد كذلک معتبراً فی السحق فلايحتمل عدم جريانه فی ثبوت اللواط.

وأمّا اتيان البهيمه فلا يعتبر فی ثبوته الشهاده المزبوره، بل يؤخذ فيه بما ورد فی اعتبار البيّنه.

[۱] يفترق الزنا عن اللواط والسحق بأنّ الزنا رجماً وجلداً يثبت بشهاده ثلاثه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ .

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۵ من أبواب حد اللواط، الحديث ۵:۴۲۳.

۳- (۳) النساء:۱۵.

....

الشَرح:

رجال، فيما إذا انضم إليها شـهاده إمرأتين، فمع الإحصان يرجم ومع عدمه يجلد، وإذا انضم شـهاده أربع نساء إلى شـهاده رجلين يجلد ولا يرجم، بلا فرق بين الاحصان وعدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

وفى صحيحه عبداللّه بن سـنان قال: «سـمعت أباعبداللّه عليه السـلام يقول: لا تجوز شـهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولا يجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلک ثلاثه رجال وامرأتان الحديث».(۱)

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «سألته عن شـهاده النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان وإذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز فى الرجم».(۱)

وإذا ثبت بشـهاده ثلاثه رجال وشهاده امرأتين مع الإحصان، الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الاحصان، حيث انّ ظاهر الصحيحتين كون تلک الشـهاده طريق إلى ثبوت الزنا، ولكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهاده رجلين وأربع نسوه، وأمّا ثبوت الجلد بها فلا دلاله لهما على ذلک نفياً واثباتاً، ولكن يلتزم بأنّه يثبت بشهاده رجلين، مع أربع نسوه الجلد، بلا فرق بين الإحصان وعدمه.

ويشـهد لذلک صـحيحه أُخرى عن الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السـلام : «أنّه سئل عن رجل محصن فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وان شهد عليه رجلان وأربع نسوه فلا تجوزشهادتهم ولايرجم ولكن يضرب حدّ الزانى».(۳)

والمحكى عن الصـدوق والعلامه فى المختلف وجمع آخر عـدم ثبوت الجلـد بشـهاده رجلين وأربع نسوه، فإنّ هـذه الشـهاده إن كانت طريقاً إلى ثبوت الزنا وجب

۱- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱:۴۰۱.

....

الشَرح:

الرجم مع الاحصان، ومع عدم كونها طريقاً كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد.

ولكن لا يخفى انّ ما ذكر لا يخرج عن طرح الصحيحه الأخيره بلا موجب.

وبالجمله: فمع شهاده رجلين وأربع نسوه يجلد الزانى، محصناً كان أو غيره.

لكن مع شهاده ثلاثه رجال وامرأتين يرجم مع الاحصان ويجلد بدونه، والمحكى عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين بل يتعين فى الرجم شهاده أربعه رجال، للأصل والآيه المباركه الداله على طريق ثبوت الزنا شهاده أربعه رجال، بعد معارضه الصحيحتين المتقدمتين بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل».(١)

وربّما يجاب بحمل هذه على التقيه، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامه، وعن الشيخ قدس سره حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهاده.

وربّما يقال: انّ الحمل على اختلال شرائط الشهاده ليس من الجمع العرفى، ومع المعارضه لا تصل النوبه إلى الترجيح بمخالفه العامه إلّا بعدعدم الترجيح بموافقه الكتاب، وصحيحه محمد بن مسلم موافقه للآيات التى تدلّ على ثبوت الزنا بأربعه رجال وإلّا يجلد القاذف.

بل الصحيح فى المقام الرجوع إلى ما ورد من الاطلاق فى روايه محمّد بن الفضيل، الّتيلا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهاده النساء فى النكاح أو طلاق أو رجم؟

١- (١) المصدر نفسه:الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨: ٢۶۴.

ما يثبت بشاهدين

ومنه ما يثبت بشاهـدين، وهو ما عـدا ذلك، من الجنايات الموجبه للحـدود[۱] كالسـرقه وشرب الخمر والردّه، ولايثبت شيء من حقوق اللّه تعالى بشاهد وامرأتين، ولابشاهد ويمين، ولابشهاده النساء منفردات ولو كَثُرن.

الشَرح:

قـال: تجوز شـهاده النسـاء فيما لا تسـتطيع الرجال أن ينظروا إليه، وليس معهنّ رجل، وتجوز شـهادتهن فی النكاح إذا كان معهنّ رجـل، وتجوز شـهادتهن فی حـد الزنـا إذا كـان ثلاـثه رجـال وامرأتـان، ولاـ تجوز شـهاده رجلين وأربع نسوه فی الزنـا والرجم، ولاتجوز شهادتهنّ فی الطلاق ولا فی الدم».(۱)

فإنّه بعد فرض التساقط فی الصـحيحتين وصـحيحه محمّد بن مسلم بالاضافه إلی ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله عليه السلام فی هذه الروايه: «وتجوز شهادتهن فی حد الزنا»، فانّ مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجباً للجلد أو الرجم.

ولكن لا يخفی أنّ موافقه الكتاب فيأحـد المتعارضـين مرجّـِح، لا أنّ الكتاب مرجع بعـد تسـقاطهما، ليقال: إنّ مع وجود الإطلاق الدال علی الثبوت لا تصل النوبه إلی الرجوع إلی الكتاب لوجود العام والمطلق الأخص.

والصـحيح حمل صحيحه محمد بن مسلم علی التقيّه، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين، لاعدم ثبوت الزنابها، ليكون موافقاً للآيات الداله اطلاقاتها علی عدم ثبوت الزنا بغير شهاده أربعه رجال.

[۱] الظـاهر عـدم الخلاـف فی ثبوت غير مـا ذكر من الزنـا واللواط والسـحق وغير اتيـان البهيمه من سـائر موجبات الحـدّ والتعزير بشـهاده رجلين، ويقتضـی ذلك ما ورد فی اعتبار البينه مطلقاً، وخصوص ما ورد فی بعض الموجبات، ككون الشخص ساحراً أو زنديقاً أو سارقاً إلی غير ذلك.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۷:۲۵۹.

....

الشَرح:

وأمّا عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهاده النساء، فمضافاً إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام أنّه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود، إلّا فى الديون وما لايستطيع الرجال النظر إليه».(۱)

فإنّ الاستثناء فيه قرينه على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به فى الحدود، ومقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضمات، ويرفع اليد عنه بالاضافه إلى ما ورد فى ثبوت الزنا بشهادتهن منضمات إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد فى سماع شهادتهن فيه.

وفى صحيحه العلاء عن أحدهما عليهماالسلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الهلال، وسألته هل تجوز شهادتهن وحدّهن؟ قال: نعم فى العذره و النفساء».(۲) ومقتضاها عدم سماع شهادتهن فى غيرهما ومنه موجبات الحدود، و نظيرها صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهاده النساء وحدهن؟ قال نعم فى العذره والنفساء»(۲)

وفى صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلنا: أتجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده»(۴)، ومقتضاها عدم سماع شهادتهن فى غير القتل بلا۔فرق بين انفرادهن بالشهاده أو انضمامهن إلى الرجال، غايه الأمر يرفع اليد بالاضافه إلى انضمامهنّ إليهم فى ثبوت الزنا على ما تقدم.

والمراد بالقتل فيها بالاضافه إلى ثبوت الديه، وأمّا القود فلا يثبت بشهادتهنّ، كما يدلّ على ذلك وعدم سماع شهادتهن فى الحدود معتبره غياث بن إبراهيم عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۲: ۲۶۷.

۲- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱:۲۵۸.

....

الشَرح:

جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليه السلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الحدود ولا فى القود»(١)، وقد ذكرنا أنّه يرفع اليد عن اطلاق عدم الجوازصوره شهادتهنّ بالزنا مع الرجال.

وما فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل»(١)، ويحمل على القود، حيث لاينافى هذا التقييد بحمل صدرها على التقيه كما تقدم.

وهكذا الحال فى صحيحه ربعى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لاتجوزشهاده النساء فى القتل»(٢)، ويمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما روايه واحده.

وبالجمله، مقتضى هذه الروايات عدم سماع شهاده النساء فى الحدود فى غير الشهاده بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمّت إلى شهاده الرجال على ما تقدم.

ولكن فى البين روايه مقتضاها سماع شهاده النساء مع الرجال فى جميع الحدود، وهى معتبره عبد الرحمان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس، وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال».(٣)

ولكن ما ورد فى ذيل الروايه لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ ما رواه فى التهذيب فى ذيل الروايه: «وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجل»(٥)، وما رواه فى الاستبصار: «وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال»(۶)، وقد أورد الحديث فى الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبدالرحمان.

١- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١:٢۶٢.

٢- (٣) التهذيب ۶:٢٧٠، الحديث ٧٢٨.

٣- (۴) الاستبصار ٣: ٣٠ الحديث ١٠٠.

ما يثبت بشهاده العدلين خاصه

وأمّا حقوق الآدمی[۱] فثلاثه، منها: ما لایثبت إلّا بشاهدين، وهو الطلاق والخلع والوكاله والوصيه إليه والنسب ورؤيه الأهله، وفی العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

الشَرح:

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما فی الإستبصار فيكون ظاهراً فی اعتبار شهاده النساء مع شهاده الرجال، وهذا يختص بحد الزنا كما تقدم.

أضف إلى ذلك أن الكلينیأورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشا عن أبان عن عبدالرحمان بن أبی عبداللّه(۱)، وليس فيه هذا الذيل ولم يعهد أيضاً العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

[۱] قد تقدم أنّ المعروف فی كلماتهم تقسيم الحق إلى حق اللّه سبحانه وحق الآدمی، وما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلى وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعيّه.

نعم الثابت فی بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون اقراره واسقاطه بيد المكلف، سواءٌ كان حقاً مالياً أم غيره، كالدين وحدّ القذف وحق القصاص والتغريم والرهن والشفعه والخيار غير ذلك، وقسم لا يقبل الإسقاط ولا رفع اليد عنه إلّا بوجه خاص، كالنكاح والوقف ونظائرهما من العقد والإيقاع وغير ذلك.

وذكرنا الثبوت بشهاده العدلين فی كلّ مايحتاج إلى ثبوته، غير ما تقدم فی الزنا واللواط والمساحقه، فلابدّ من التعرض للموارد التی يثبت فيها الشیء بغير شهادتهما أيضاً بحسب ما يستفاد من الخطابات، سمّی الشیء بحق اللّه أو بحق الآدمی.

وقد قسّم الماتن ماسمّی بحق الآدمی إلى ثلاثه أقسام: الأوّل ما يثبت بشهاده عدلين خاصه، وذكر الطلاق والخلع والوكاله والوصيه إليه والنسب ورؤيه الأهله منها،

۱- (۱) الكافی ۷:۳۹۲.

....

الشَرح:

وتردد فی العتق والنکاح والقصاص، وذکر أنّ الأظهر الحاقها بالقسم الثانی، وهو مایثبت بکل من شهاده العدلین وشهاده شاهد وامرأتین أو شاهد ویمین، وعدّ فی هذا القسم الدیون والأموال، کالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات، کالبیع والصرف والسلم والصلح والاجارات والمساقاه والرهن والوصیه له والجنایه التی توجب الدیه، وتردد فی الوقف، وذکر انّ الأظهر ثبوته بشاهد وامرأتین وشاهد ویمین، وذکر القسم الثالث، وهو ما یثبت بشهاده الرجال والنساء، سواء اشترطت فی سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم یشترط.

أقول: ما ذکره قدس سره من عدم ثبوت الطلاق بغیر شهاده عدلین هوالمشهوربین الأصحاب، والمحکی عن المبسوط أنّه قوّی ثبوته بشهاده النساء منضمات، وفی المسالک نسبته إلی جماعه، وفی کشف اللثام انّ الشهاده المعتبره فی اجراء الطلاق هی شهاده العدلین، وأمّاثبوته فی مقام المخاصمه بشهاده النساء منضمات محتمل.

وفیه: أنّ ثبوته کإجرائه یکون بشهاده العدلین خاصه، کماهو مقتضی ظاهر الروایات، کصحیحه محمد بن مسلم قال: «قال :لا تجوزشهاده النساء فی الهلال ولافی الطلاق»(۱)، فإنّ مقتضی اطلاقها عدم الفرق بین انفرادهن أو إنضمام شهادتهن.

وفی صحیحه حماد بن عثمان عن أبی عبداللّه علیه السلام : «لا تقبل شهاده النساء فی رؤیه الهلال، ولایقبل فی الهلال ولا فی الطلاق إلاّ رجلان عدلان».(۲)

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «انّه سئل عن شهاده النساء فی النکاح، فقال: تجوز إذا کان معهنّ رجل، وکان علی علیه السلام یقول: لا أُجیزها فی الطلاق»(۳)، إلی غیر ذلک.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸:۲۶۰.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحدیث ۱۷:۲۶۲.

۳- (۳) المصدرنفسه:الحدیث ۲:۲۵۸.

....

الشَرح:

وماذكر قدس سره فى الخلع فإنّه يدخل فى الطلاق، وقد تقدم مايدل على عدم ثبوته بغير شهاده العدلين ، بلافرق بين كون مدعى الخلع هوالزوج أو الزوجه، ولاينافى اشتمال الخلع على المال فإنّ المال تابع والمقصود منه البينونه.

قال فى كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق واختلفا فى أنّه بالخلع أو بدونه فلا شبهه فى أنّ النزاع فيالمال، إلاّ أن تكون المرأه هى المدعيه بالخلع لتبطل رجعه الزوجه، فيحتاج ثبوته أيضاً بشهاده العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البينونه بالطلاق، لئلّا تستحق المرأه مطالبته بالنفقه أيام عدّتها، فالمخاصمه فى نفس حصول البينونه، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلاّ بشاهدين ولو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

وكذا الحال فى دعوى الوكاله والوصايه إليه، فإنّهما من دعوى النيابه والولايه، بل الأمر كذلك فى مطلق الوصيه غير التمليكيه، لما تقدم من المطلقات الداله على عدم قبول شهاده النساء منفرده أو منضمه فى غير العذره والمنفوس وما لايستطيع الرجال النظر إليه.

وفى معتبره عبدالرحمان المتقدمه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس(۱)، وهذه وان شملت الوصيه التمليكيه أيضاً، إلاّ أنّه لو كانت المراد بالمرأه الجنس فيرفع اليد عن اطلاقها بالاضافه إلى الوصيه التمليكيه، وإن كان المراد المرأه الواحده فيحمل المراد بالإضافه إلى الوصيه التمليكيه على عدم ثبوت تمامها بقرينه ما يأتى.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۱و۲۶۲:۱۷۱۸.

....

الشَرح:

وكذا الحال فی دعوی النسب ورؤیه الهلال، حیث ورد فی غیر واحد من الروایات: «لا تجوز شهاده النساء ف(۱)ی الهلال».

نعم فی موثقه داود بن الحصین عن أبی عبداللّه علیه السلام : «لا تجوز شهاده النساء فی الفطر إلاّ شهاده رجلین عدلین، ولا بأس فی الصوم بشهاده النساء ولو امرأه واحده».(۲)

ولکن ظاهرها جواز الصوم فیما إذا احتمل رمضان ولو بقول امرأه واحده، ولا بأس بالالتزام به، غایته یتبع فی الصوم ما ورد فی قصده علی ما ذکر فی الصوم یوم الشک.

و بالجمله: ما ورد فی عدم قبول شهاده النساء فی الهلال یعمّ الهلال من رمضان أو غیره، کانت شهادتهن منضمه إلی شهاده رجل أم لا، ونظیر ذلک دعوی النسب ولو کانت للارث، أو دعوی الوقف ونحوه، فإنّ مقتضی الإطلاق فیما تقدم عدم سماع شهاده النساء فیها بلا فرق بین ما انفردن فی شهادتهنّ أم لا.

لا یقال قد ورد فی صحیحه منصور بن حازم انّ أبا الحسن موسی بن جعفر علیه السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ویمینه فهوجائز(۳)، وفی مرسله یونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه :بشهاده رجلین عدلین، فإن لم یکونا رجلین فرجل وامرأتان، فإن لم تکن امرأتان فرجل ویمین المدعی، فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدعی علیه؛ الحدیث»(۴)، ومقتضاها قبول الشهاده لمدعی الحق، سواء کانت بشهاده عدلین أم شهاده رجل وامرأتین بدعوی النسب أو وقف المال.

ص :۵۳۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ ، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۱: ۲۶۲ .

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۶:۲۶۶.

۳- (۳) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب کیفیه الحاکم، الحدیث۱:۱۹۷.

۴- (۴) المصدر نفسه:الحدیث ۲:۱۹۸.

ما لا يثبت بشهاده النساء

....

الشَرح:

فإنّه يقال: قد تقدم أنّ المراد بالحق فی مثل هذه الروايات دعوی الدين والمال، بأن يكون المدعی به فی دعواه هوالدين أو مطلق المال، فلايعمّ دعوی النسب والعتق والوقف حتّی ولو كان الغرض من دعوی النسب أوالوقف الوصول بالمال.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فی صحيحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام : «لوكان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فی حقوق الناس»(۱)، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلك فی بحث القضاء، وعلی تقدير الإطلاق فلاتعمّ شهاده المرأتين مع الرجل.

وأمّا بالاضافه إلی دعوی النكاح فتسمع شهاده النساء منضمّه إلی الرجل، وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن شهاده النساء فی النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل الحديث»(۲)، وفی معتبره محمد بن الفضيل قال: «سألت أباالحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهاده النساء فی نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهاده النساء فيما لاتستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، وتجوز شهادتهنّ فی النكاح إذا كان معهن رجل الحديث».(۲)

وبهما يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ علی قبول شهاده النساء فی النكاح، بتقييده بما إذا كان معهن رجل، كماأن ماورد فی عدم قبول شهادتهن فی النكاح يقيّد بماإذا انفردن، كمعتبره السكونی عن جعفر عن أبيه عن علی عليه السلام أنّه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز فی طلاق ولا نكاح ولا فی حدود، إلاّ فی الديون وما لايستطيع الرجال النظر إليه».(۴)

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث۱۲:۱۹۵.

۲- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۲:۲۶۷.

....

الشَرح:

ويدل أيضاً على عدم سماع شهادتهن بانفرادهن فى النكاح روايه اسماعيل ابن عيسى قال: «سألت الرضا عليه السلام :هل تجوز شهاده النساء فى التزويج من غير أن يكون معهنّ رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم».(۱)

نعم، قد ورد فى معتبره داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام فى النكاح قال: «سألته عن شهاده النساء فى النكاح بلا رجل معهنّ إذا كانت المرأه منكره، فقال: لابأس به، ثمّ قال: ما يقول فى ذلك فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلاّ شهاده رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم اللّه هوّنوا واستخفّوا بعزائم اللّه و فرائضه وشدّدوا وعظموا ما هوّن اللّه، إنّ اللّه أمر فى الطلاق بشهاده رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهدوا حد، والنكاح لم يجىء عن اللّه فى تحريمه عزيمه، فسنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى ذلك الشاهدين تأديباً ونظراً، لئلّا ينكر الولد والميراث، وقد ثبتت عقده النكاح واستحلّ الفروج ولا أن يُشهد، وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهاده المرأتين فى النكاح عند الإنكار الحديث».(۲)

ولكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهاده رجل، فإنّ صدرها المزبور فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، وأنّه لاـتشترط فيه الشهاده، ولذا يحصل العقد بلاـ شاهد، وقوله عليه السلام بعد ذلك: «وكان أميرالمؤمنين عليه السلام يجيز الخ»، ناظر إلى اثبات النكاح فى مقام المخاصمه، فيحمل بقرينه ماسبق على شهاده المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

أمّا القصاص، فهو أيضاً لا يثبت بشهاده النساء منفردات أو منضمات، وفى صحيحه الربعى: «لا تجوزشهاده النساء فى القتل»(۳)، ونحوها صحيحه محمد بن

ص: ۵۳۵

۱- (۱) المصدر نفسه:الحديث ۲۶۶:۳۹.

۲- (۲) المصدر نفسه: الحديث ۳۵: ۲۶۵.

۳- (۳) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۷:۲۶۳.

....

الشَرح:

مسلم، وفی معتبره غیاث بن ابراهیم عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیه السلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فی الحدود ولا فی القود».(۱)

وعلی مثل هذا یحمل ما ورد فی سماع شهادتهن فی القتل والدم علی القبول بالاضافه إلی الدیه، من غیر فرق بین شهادتهنّ علی موجب الدیه أو موجب القصاص.

أمّا الأوّل، فإنّه مقتضی سماع شهادتهن فی القتل وعدم سماع شهادتهن فی القود، وأمّا الثانی فلأنّه أیضاً مقتضی الجمع بین ما دل علی سماع شهادتهن فی القتل معلّلاً بأنّه لایبطل دم امرء مسلم، وبین ما دل علی عدم ثبوت القود بشهادتهن.

وعن أبی الصلاح أنّه تقبل شهاده النساء فی الدیه مطلقاً، ولو کانت فی البین شهاده امرأتین فقط یثبت نصف الدیه ویثبت بشهاده المرأه الواحده ربع دیه قتل النفس.

ولعلّه استند إلی صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی غلام شهدت علیه امرأه أنّه دفع غلاماً فی بئر فقتله، فأجاز شهاده المرأه بحساب شهاده المرأه».(۲)

ورواها الصدوق أیضاً، إلاّ أنّه أسقط: «بحساب شهاده المرأه»(۳)، ولکن الاختلاف المزبور لا یوجب خللاً فی الاستدلال بها، فإنّ عدم نقل الصدوق قدس سره لایدل علی عدم الوجود.

مع انّه لابدّ من حمل قبول شهادتها علی ذلک، فإنّ تمام الدیه لا یثبت بشهاده امرأه واحده، والمرتکز من شهاده النساء إنّ شهاده أربع منهن تقوم مقام شهاده رجلین،

۱- (۱) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۶:۲۶۳.

۲- (۲) الفقیه ۳:۵۲.

ومنهـا: مـايثبت بشاهـدين وشاهـد وامرأتيـن وشاهـد ويميـن، وهـو الـديون [۱]والأـموال، كـالقرض والقراض والغصـب، وعقودالمعاوضات، كالبيع، والصـرف، والسلم، والصلح، والإجارات، والمساقاه، والرهن، والوصيه له، والجنايه التى توجب الديّه، وفى الوقف تردد، أظهره انّه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين.

الشَرح:

وشـهاده امرأتين تقوم مقام شـهاده عدل واحد، وعلى ذلك فقبول شهاده المرأه فى الديه نظير شهادته فى الوصيه التمليكيّه تثبت ربعها، كما أنّ الأمر كذلك بالاضافه إلى شهاده القابله باستهلال المولود.

ويدل عليه أيضاً روايه عبداللّه بن الحكم الّتى لضعفها سنداً قابله للتأييد قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن إمرأه شهدت على رجل أنّه دفع صبياً فى بئر فمات، قال: على الرجل ربع ديه الصبى بشهاده المرأه».(۱)

[۱] لا خلاف فى ثبوت الـدين بشـهاده رجلين، وبشـهاده رجل وامرأتين، وشـهاده رجل مع يمين المدعى، وبشـهاده المرأتين مع يمينه، وسماع شهاده المرأتين مع شهاده الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه: «فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ».(۲)

وفى صـحيحه الحلبى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام أنّه سـئل عن شـهاده النسـاء فى النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل وكان على عليه السلام ليقول: لا أجيزها فى الطلاق، قلت: تجوز شهاده النساء مع الرجل فى الدين؟قال: نعم».(۳)

وكذا لاخلاف فى سماع شهاده الرجل مع يمين المدعى فى الديون، وكذلك فى شهاده المرأتين مع يمين المدعى فيها.

۱- (۱) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۳:۲۶۵.

۲- (۲) البقره :۲۸۲.

۳- (۳) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲:۲۵۸.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام :انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله أجاز شهاده النساء مع یمین الطالب فی الدین یحلف باللّه إنّ حقّه لحق»(۱)، کما تقدم ذلک فی بحث القضاء، وذکرنا انّ الأظهر ثبوت دعوی العین أیضاً بشاهد ویمین، کما یشهد له صحیحه عبدالرحمان بن الحجاج الوارده فی درع طلحه، فإنّ دلالتها علی ثبوت أخذ درع طلحه غلولاً، الّذی یدخل فی دعوی الغصب بشاهد و یمین لا بأس بها.

ولایبعد أیضاً الالتزام بثبوت دعوی کلّ معامله یکون الغرض من دعواها المطالبه بالمال عیناً أو دیناً، أو منفعه کالبیع والإجاره، والمصالحه المالیّه والمضاربه والمزارعه والمساقاه والرهن والوصیه التملیکیّه والجنایه الموجبه للدیه ودعوی حق الشفعه والرهن والخیار ممایعدّ ذلک من حقوق الناس.

ویمکن لأربابها رفع الید عن حقهم بالإسقاط والإبراء والتملیک والأعراض، أخذاً بصحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس».(۲)

وان تقدّم سابقاً احتمال اختصاص السماع بموارد دعوی العین أو الدین، فإنّه لافرق بین دعوی العین أو الدین ابتداءً، أو دعوی ما یکون الغرض منه العین أو الدین کالمعاوضات المالیه ونحوها.

والمشهور انّ شهاده رجل وامرأتین، أو شهاده المرأتین مع یمین المدعی أیضاً کذلک تثبت بها الدعاوی المالیه علی غرار ما تقدم فی شهاده رجل مع یمین المدعی.

وربّما یستدل علی ذلک بروایه منصور بن حازم المعبّر عنها فی الجواهر

۱- (۱) المصدر نفسه :الباب ۱۵ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۳:۱۹۸.

۲- (۲) الوسائل :۱۸ الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۱۲:۱۹۶.

....

الشَرح:

بالصحيحه قال: «حدثنی الثقه عن أبی الحسن علیه السلام قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان ویمینه فهو جائز»(۱)، بدعوی أنّه إذا ثبت دعوی الحق بشهاده امرأتین مع یمین المدعی یکون ثبوته بشاهد والمرأتین بالفحوی.

وفی مرسله یونس: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه: بشهاده رجلین عدلین، فإن لم یکونا رجلین فرجل وامرأتان، فإن لم تکن امرأتان فرجل ویمین المدعی، فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدّعی علیه».(۲)

ولکن لایخفی انّ الشیخ روی روایه منصور باسناده إلی محمد بن عبدالحمید، وسنده إلیه علی ما فی الفهرست: اخبرنا بکتابه جماعه عن أبی المفضل عن ابن بطه عن أحمد بن أبی عبداللّه عنه، وأبوالمفضل الشیبانی ضعیف وفی ابن بطه کلام و روایه یونس مع انّه لم یرد فیها شهاده المرأتین مع یمین المدعی ضعیفه بالإرسال.

ودعوی انجبار ضعفهما بعمل المشهور لایمکن المساعده علیها، فلعلّ المشهور رأوا انّ شهاده المرأتین مع الرجل تقدّم علی شهاده رجل مع یمین المدعی کما هو ظاهر معتبره داود بن الحصین، وإذا قبلت شهاده المرأتین مع الرجل فی النکاح الذی لایثبت بشاهد ویمین وکانت شهاده المرأتین مع الرجل مقدّمه علی شهاده رجل ویمین المدعی، فاستفادوا اعتبار شهاده المرأتین مع الرجل فی کل مورد تسمع شهاده رجل مع یمین المدعی، وعلیه فثبوت الدعوی فی غیر الدین بشهاده المرأتین مع الرجل أو مع یمین المدعی مشکل.

۱- (۱) المصدرنفسه:الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۱:۲۶۴.

۲- (۲) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث ۲:۱۹۸.

ما يثبت بالنساء منفردات ومنضمات

الثالث: مايثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضمات، وهو: الولاده والاستهلال، وعيوب النساء الباطنه[١]، وفى قبول شهاده النساء منفردات فى الرضاع خلاف، اقربه الجواز، وتُقبل شهاده امرأتين مع رجل فى الديون والأموال، وشهاده امرأتين مع اليمين، ولا تقبل فيه شهاده النساء منفردات ولو كثرن، وتقبل شهاده المرأه الواحده فى ربع ميراث المستهِل، وفى ربع الوصيه، وكل موضع تُقبل فيه شهاده النساء لا تقبل بأقل من أربع.

الشَرح:

وروايه منصور وان رواها الكلينى(١) والصدوق (قدّس سرهما)، إلّا أنّ فى سند الكلينى ارسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، وفى سند الصدوق قدس سره محمد بن على ماجيلويه».(٢)

ولو بنى على اعتبار الروايه لكون محمد بن على ماجيلويه ممّن أكثر عنه الصدوق قدس سره الروايه، مع التزامه بأنّه لايروى فى الفقيه إلّا ما يكون حجه بينه وبين ربّه أو أنّه من المعاريف ولم يرد فيه قدح، فدلالتها أيضاً لا يخلو عن تأمّل، لما تقدم فى بحث القضاء من انصراف الحق فى الروايات إلى الدين، وهذا غير ماورد فى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه من حقوق الناس، حيث ذكرنا انّه لا يبعد العموم فيه بالاضافه إلى جميع الحقوق والدعاوى الماليه.

[١] الثالث من حقوق الآدمى مايثبت بشهاده النساء منفردات ومنضمات إلى الرجال عيوب النساء الباطنه لا الظاهره كالعرج، وكذا كلّ ما لايجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالاضافه إلى شهادتهنّ منفردات.

كما يشهد صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولايجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلك ثلاثه رجال وامرأتان، وقال: تجوز شهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فى كلّ ما

١- (١) الكافى ٧:٣٦٨.

٢- (٢) الفقيه ٣:۵۵، المشيخه ۴:۴٣۴.

....

الشَرح:

لا يجوز للرجال النظر إليه».(۱)

فی معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام أنّه کان یقول: «شهاده النساء لا تجوز فی طلاق ولا نکاح ولا فی حدود، إلّا فی الدیون وما لا یستطیع الرجال النظر إلیه».(۲)

ویشمل فیما لایستطیع الرجال النظر الیهن العذره، فانّها تثبت بشهادتهن بلاخلاف، وفی صحیحه العلاء عن أحدهما علیهماالسلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فی الهلال، وسألته: هل تجوزشهادتهن وحدهن؟ قال: نعم فی العذره والنفساء»(۳)، نحوها صحیحه محمد بن مسلم(۴)وغیرها، وهذا کلّه بالاضافه إلی شهادتهن منفردات.

وأمّا بالاضافه إلی شهادتهن منضمات، کما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد رجلان بالعیب الخفی، وکذا الولاده واستهلال، فقد نسب جواز السماع إلی المشهور ولعلّه لإعتبار الإطلاق فی اعتبار البیّنه وانّ الأصل فی الشاهد الرجل.

وذکر فی الجواهر أنّه لم یتحقّق فی ذلک خلافاً، وان حکی عن القاضی عدم جواز انضمام الرجل إلی شهادتهن، واحتمل أن یکون مراده عدم الجواز عند عدم الضروره علی الأجانب وغیر الزوج، کما إذا إدعت المرأه أنّها بکر فإنّه لا یجوز النظر لغیر النساء، فإنّ الرجل مع النظر یخرج عن العداله فلا یجوز شهادته، وأمّا مع الضروره علی الأجانب أو ما إذا حصل الاطلاع علیه بنحو الاتفاق من غیر تعمّد، نظیر الاطلاع

۱- (۱) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۶۰:۱۰.

۲- (۲) المصدرنفسه: الحدیث ۲۶۷:۴۲.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحدیث ۲۶۲:۱۸.

۴- (۴) المصدر نفسه: الحدیث ۲۶۲:۱۹.

....

الشَرح:

على حصول الزنا بالإدخال والإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عـدالتهم، فهـذا غير داخل فى مراده وعلى تقدير الدخول فهو ضعيف.

أقول: الكلام فى أنّ ظـاهر الروايـات الوارده فى سـماع شـهادتهن فيمـا لايسـتطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلك الأمر، وهـذا الطريق اعتباره توسـعه لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبيّنه وشـهاده العـدلين، أو أنّ ظاهرها تعين شـهادتهن فيه وفى صحيحه زراره عن أحـدهما عليهماالسـلام : «فى أربعه شـهدوا على امرأه بالزنـا فقـالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجـدنها بكراً، فقال: تقبل شهاده النساء».(١)

ولو كانت شـهاده الرجال أصـلاً وقبول شـهاده النساء للتوسـعه لما كان وجه لقبول شهادتهن وطرح شهاده الرجال بالزنا، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ ذلك لاندفاع الحدّ بالشبهه.

وبـالجمله: فيمكن أن يكون عـدم اطلاع الرجال على مثل العـذره نوعاً أو عـدم جواز النظر إليها للرجال كـذلك موجباً لأن يعتبر الشارع شهاده النساء فيها طريقاً.

ولاينافى ذلك اعتبار البيّنه أيضاً، أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»(٢) وظاهر البيّنات شهاده العدلين، نعم هذا لايفيد بالاضافه إلى شهاده امرأتين مع رجل فيها كما لايخفى.

وأمّا قبول شـهادتهن فى الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، وفى المبسوط روى أصـحابنا لا تقبل شـهاده النساء فى الرضاع، وادّعى انّه يمكن اطلاع الرجال عليه.

ولكن مع ذلـك الأظهر جواز شـهاده النسـاء فيه كما يشـهد له صـحيحه عبـداللّه بن سـنان، حيث ورد فيها: «تجوز شـهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فى كل ما لايجوز للرجال

۱– (۱) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۴:۲۶۷.

۲– (۲) الوسائل :۱۸ الباب ۲ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱:۶۹.

....

الشَرح:

النظر إليه».(1)

فإنّ الوارد فيها اعتبارعدم جواز النظر للرجال، وليس المراد عدم جواز النظر لأىّ رجل حتى زوج المرأه، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجانب، وهذا يجرى فى الرضاع أيضاً، إلاّ ـ أن يدعى انصرافها أيضاً إلى مثل العذره والمنفوس، ولكن يمنعها أنّ المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، وهذا هو الموجب لدخوله فيما ورد فى الصحيحه وغيرها.

بقى فى المقام أمور:

الأول: أنّه قد تقدم سماع شهاده المرأه فى ميراث المستهل، وكذا فى الوصيه التمليكيه والديه، وانّ الثابت فى الثلاثه بشهاده إمرأه واحده ربعها، وبالاثنتين نصفها، وبالثلاث ثلاثه أرباعها، وبالأربع تمامها، فهل يعتبر فى الشهاده فى ميراث المستهل كونه قابله أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم اعتبار كونها قابله، وذلك بشهاده صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله فى المولود إذا استهلّ وصاح فى الميراث، ويورث الرّبع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده، قالت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث».(2)

فإنّ ما فى الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأه قابله، وكذلك ما ورد فى الروايات من جواز شهاده النساء بكل ما لايستطيع الرجال النظر إليه، والمستهل يدخل فيها، وكذا ما ورد فى جواز شهادتهنّ بالمنفوس.

۱- (۱) المصدر نفسه :الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰:۲۶۰.

۲- (۲) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۵:۲۶۹.

....

الشَرح:

وبـالجمله: ذكر القـابله فى الشـهاده على المسـتهل فى جمله من الروايـات لاعتبـار الغلبه، من حيث الإطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى غيرها.

الثـانى: إنّ مـا تقـدم فى اعتبـار الشـهادات فى الحقوق وما يعتبر فى الشاهـد فيها من الوصف والعـدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأـمر من شـهاده الفاقـد للوصف أوالعـدد ولو بضـميمه القرائن التى تلاحظهـا معهـا، وإلاّـ بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ماتقـدم فى بحث القضـاء من جواز الحكم للحـاكم بعلمه، والظـاهر أيضـاً عـدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق اللّه سبحانه، واللّه سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدّم انّه يثبت بشهاده المرأه الواحده ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، وتدلّ عليه عدّه روايات.

منها صـحيحه ربعى عن أبى عبداللّه عليه السـلام فى شـهاده إمرأه حضـرت رجلًا يوصـى فقال: «يجوز فى ربع ما أوصى بحساب شهادتها»(۱)، وفى صـحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى وصيه لم يشهدها إلاّـ امرأه، فقضـى أن تجاز شـهاده المرأه فى ربع الوصـيه»(۲)، وفى صـحيحته الأُـخرى: «قال أبوجعفر عليه السـلام فى وصـيه لم يشهدها إلاّ امرأه أن تجوز شهاده المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها».(۳)

۱- (۱) التهذيب ۶:۲۶۸، الحديث ۷۱۸، الوسائل ۱۸: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۶:۲۶۲.

۲- (۲) الوسائل ۱۸: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۵:۲۶۱.

۳- (۳) الوسائل ۱۳: الباب ۲۲ من أحكام الوصايا، الحديث ۳:۳۹۶.

....

الشَرح:

ولكن فى مقابل هـذه الروايات روايه إبراهيم بن محمد الهمدانى قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن عليه السـلام : امرأه شهـدت على وصـيه رجل لم يشـهدها غيرها، وفى الورثه من يصـدّقها ومن يتّهمها، فكتب: لا إلاّ أن يكون رجل وامرأتان وليس بواجب أن تنفذ شهادتها».(۱)

ولكن مع امكان المناقشه فى سـندها يقيّد الإطلاق فى ناحيه عدم نفوذ شـهادتها بتمام الوصيه، كما يقيّد اطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل وامرأتان أو أربع نسوه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشـيخ قـدس سـره باسـناده عن الحسـين بن سـعيد عن فضاله عن أبان عن عبداللّه بن سـنان أو عبداللّه بن سـليمان قال: «سألته عن إمرأه حضـرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه أتجوز شـهادتها؟ فقال: لا تجوز شـهادتها إلاّ فى المنفوس والعذره».(۲)

و وجه الظهور إنّه لم يفرض فيهـا الوصـيه التمليكيّه فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلك أنّ الروايه مضـمره ولم يحرز أنّ السائل هو عبداللّه بن سنان ليقال إنّه لا يسأل غيرالإمام عليه السلام ، وعلى ذلك فالروايه ساقطه عن الاعتبار.

وفى صـحيحه الحلبى قال: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن امرأه إدّعت أنّه أوصى لها فى بلد بالثلث وليس لها بينه؟ قال: تصدّق فى ربع ما ادّعت».(۳)

وظاهرها قبول دعوى المرأه فى الوصيه له بلابينه بالاضافه إلى ربع مدّعاها، ولم

۱- (۱) التهذيب ۶: ۲۶۸، الحديث ۷۱۹، الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۴:۲۶۵.

۲- (۲) التهذيب ۶: ۲۷۰، الحديث ۷۳۱، الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۴:۲۶۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۲ من أحكام الوصايا، الحديث ۵:۳۹۶.

ما يعتبر فی قبول شهاده النساء

....

الشَرح:

یعهد العمل بها أو سماع دعوی شخص بلابینه وحلف والحکم بثبوتها فی بعضها.

بقی فی المقـام أمر، وهـو: أنّ مـا رواه الشـیخ بسـنده عن الحسـین بن سـعید قـد ورد فیهـا: «لاـ تجـوز شـهادتها إلاّـ فی المنفوس والعذره»(۱)، ویسـتظهر من ذلک قبول شـهاده المرأه الواحده فی العذره، وقد ذکر فی التحریر الاکتفاء فی ثبوت العذره بشـهاده المرأه الواحده.

ولکن لاـ یخفی عـدم امکان المساعـده علی ذلک، أمّا أوّلًا: فلما ذکرنا من أنّ الروایه مضـمره، وثانیاً لم یظهر انّ المراد ممّا ذکر فی السؤال ولیس عنـدها إلاـ امرأه هو معنی النکره، بل الظاهر انّ المراد الجنس، وغرض السائل عـدم حضور الرجل بل الحاضـر عند وصیتها المرأه، فتحمل علی التعدد، بقرینه ما تقدم ممّا ورد فی قبول شهاده النساء وحدهنّ فی العذره ونحوها.

الرابع: کل مورد تقدم سـماع شـهاده النساء فیه منفردات، فلا تقبل شهاده الأقل من الأربع، حیث إنّ المرتکز فی الأذهان الناشیء عن الخطابات الشـرعیّه کون شهاده المرأتین تساوی شهاده رجل واحد، خصوصاً بقرینه التقسیط الوارد فی شهاده المرأه الواحده باستهلال المولود، وفی شهادتها فی دیه القتل و فی الوصیه التملیکیه.

ولکن المحکی عن المفید قدس سره ، من أنّه تقبل شهاده امرأتین مسلمتین مستورتین فیما لایراه الرجال کالعذره وعیوب النساء والنفاس والحیض والولاده والاستهلال والرضاع، وإذا لم یوجد إلاّ شهاده امرأه واحده مأمونه قُبلت شهادتها.

وعن المراسم مایقرب من ذلک، وقد تقدم حکایه الاکتفاء بشهاده امرأه واحده

۱- (۱) التهذیب ۶: ۲۷۰، الحدیث ۷۳۱، الوسائل ۱۸: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۴:۲۶۳.

اعتبار شهاده العدلین فی بعض العقود

مسائل: الأولی: الشهاده لیست شرطاً فی شیء من العقود إلّا فی الطلاق[۱]، ویستحب فی النکاح والرجعه، وکذا فی البیع.

الشَرح:

فی العذره عن العلّامه فی التحریر.

أقول: أمّا ما عن التحریر، فقد تقدّم عدم امکان المساعده علیه، ولعلّ المنشأ لما ذکروا هو ما ورد فی روایه أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام قال: «تجوز شهاده امرأتین فی استهلال»(۱)، وما ورد فی صحیحه الحلبی أنّه سأل أباعبداللّه علیه السلام عن الشهاده القابله فی الولاده قال: «تجوز شهاده الواحده».(۲)

ولکن ذکرنا سابقاً أنّه یتعین الحمل علی القبول بالاضافه إلی ربع المیراث، بدلاله صحیحه عبداللّه بن سنان المتقدمه قال: «سمعت أباعبداللّه علیه السلام یقول: تجوز شهاده القابله فی المولود إذا استهلّ وصاح فی المیراث، ویورث الربع من المیراث بقدر شهاده امرأه واحده، قلت: فإن کانت امرأتین؟ قال: تجوز شهادتهما فی النصف من المیراث.(۳)

[۱] لا خلاف عندنا فی اعتبار الإشهاد فی الطلاق، فلایحصل إلّا بایقاعه عند حضور عدلین، ولا تکفی شهاده النساء منضمه إلی الرجل فضلاً عن انفرادهن، ویدلّ علی ذلک قوله سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنکُمْ»(۴)، ولو بملاحظه ما ورد فی تفسیره.

وفی صحیحه زراره ومحمد بن مسلم وبکیر وبرید وفضیل وإسماعیل الأزرق ومعمر بن یحیی عن أبی جعفر وأبی عبداللّه علیهماالسلام فی حدیث أنّه قال: «وإن طلّقها فی

۱- (۱) الوسائل :۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴۱:۲۶۷.

۲- (۲) المصدرنفسه:الحدیث ۲:۲۵۸.

۳- (۳) المصدر نفسه: الحدیث ۴۵:۲۶۸.

۴- (۴) الطلاق :۲.

....

الشَرح:

استقبال عدّتها طاهراً من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق».(۱)

وصحيحه أحمد بن محمد بن أبى نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلّق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقاً، قلت: فكيف طلاق السنّه؟ قال: يطلّقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال اللّه عزّوجلّ فى كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى كتاب اللّه، قلت: فإن طلّق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين، قال: لا تجوز شهاده النساء فى الطلاق الحديث»(۲)، إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه كمايعتبر الاشهاد فى الطلاق كذلك يعتبر فى الظهار، حيث لايترتب على الظهار حكم إلّا إذا كان فى حضور شاهدين، ولم يتعرض لذلك الماتن قدس سره ، ولعلّه لعدم صحته وان يترتب عليه الحكم.

وفى تعرضه للطلاق بصوره الإستثناء من العقد ما لايخفى، ولعلّه بمعنى العهد والإلتزام، وفى صحيحه حمران عن أبى جعفر عليه السلام : «لايكون ظهار فى يمين ولا فى اضرار ولا فى غصب، ولا يكون ظهار إلّا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين»(۳) ونحوها غيرها.

وأمّا عدم اعتبار الإشهاد فى غيرهما من العقود والايقاعات، فإنّه مقتضى الاطلاق فيما ورد فى امضائها مع عدم قيام دليل على اعتبار الإشهاد، بل ورد النص فى بعضها على نفى اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد فى معتبره داود بن الحصين(۴) المتقدّمه

ص: ۵۴۸

۱- (۱) الوسائل :۱۵ الباب ۱۰ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ۳و۴:۲۸۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۵، الباب ۲ من كتاب الظهار، الحديث ۱: ۵۰۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۵، الباب ۲ من كتاب الظهار، الحديث ۱:۵۰۹.

۴- (۴) المصدر نفسه: ۱۸، الباب من أبواب الشهادات.

نفوذ حكم الحاكم ظاهراً لا واقعاً

الثانيه: حكم الحاكم يتبع للشهاده، فإن كانت مُحقّه نُفّذ الحكم باطناً وظاهراً[۱]، وإلّا نفّذ ظاهراً، وبالجمله الحكم ينفذ عندنا، ظاهراً لاباطناً، ولايستبيح المشهود له ماحكم له، إلّا مع العلم بصحّه الشهاده أو الجهل بحالها.

الشَرح:

استحبابه فيه وعدم اعتباره فی صحته.

وكذلك لا يعتبر الاشهاد فی الرجعه فی الطلاق الرجعی، ولكنّه مستحب، وفی صحيحه زراره ومحمد بن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام قال: «إن الطلاق لايكون بغير الشهود، وإن الرجعه بغير شهود رجعه، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل»(۱)، وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام فی الذی يراجع ولم يشهد قال: «يشهد أحب إلیّ ولا أری بالذی صنع بأساً».(۲)

ولايبعد أن يكون الأمر بالإشهاد فی البيع والدين كذلك، وان يحتمل كونه لمجرد الارشاد إلی قضيه الإثبات عند وقوع المخاصمه والإنكار.

[۱] قد تقدّم فی بحث القضاء إنّ مشروعيه القضاء ونفوذه لأنهاء الخصومه وفصلها ولايوجب تغيّراً فی الواقع، فمن حكم له بحق ماليأو بغيره إنّما يكون له الحق واقعاً مع ثبوته له فی الواقع مع قطع النظر عن القضاء وما هو مستنده من شهاده الشهود.

وبتعبير آخر منشأ القضاء للقاضی من شهاده الشهود يعتبر طريقاً إلی الواقع والقضاء المستند إليها أو غيرها ينفذ علی المتخاصمين، فلا يجوز لهما تجديد المخاصمه بعد ذلك ولو عند قاضٍ آخر، وعلی ذلك فيجوز لمن حكم له بحق مالی أو غيره أن يطالب خصمه به فيما إذا علم كونه محقّاً أو احتمله.

وفی صحيحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلی الله عليه و آله

۱- (۱) المصدر نفسه: ۱۵، الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ۳و۳۱۸:۲.

۲- (۲) المصدر نفسه: ۱۵، الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ۳و۲: ۳۱۸.

وجوب الاجابه إلى تحمل الشهاده

الثالثه: إذا ادّعى من له أهليّه التحمل وجب عليه [١]، وقيل: لايجب، والأوّل مرویّ والوجوب على الكفايه، ولايتعيّن إلّا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمّل، أمّا الأداء فلاخلاف فی وجوبه على الكفايه، فإن قام غيره سقط عنه، وان امتنعوا الشَرح:

إنّما أقضی بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم الحن بحجّته من بعض، فأيّما رجل قُطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعه من النار».(١)

وهذه صريحه بعدم تغيّر الواقع بمدرك القضاء بشهاده الشهود وغيرها ولا بنفس القضاء، بلافرق بين القضاء فی الأموال أو بغيرها، وما ذكر فی ذيلها من الأمر الراجع إلى المال تفريع على كبرى عدم تغير الواقع بالقضاء.

والمحكی عن أبی حنيفه نفوذ القضاء واقعاً وظاهراً مطلقاً، وفيه مالا يخفى، من استلزامه تحليل الحرام الواقعی وتجويز نكاح المحارم ونحوه، ممّا هو بديهی البطلان.

وقد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلك المال، ولايبعد إلزامه بقيام الشاهدين وشهادتهما ولوعند غيرالحاكم لاعتبار شهادتهما، ولا يفرّق فی ذلك بين علمه بحقّه او احتماله.

نعم، إذا توقف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضی أن يقضی بدون حلف المدعی المزبور عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

[١] المشهور قديماً وحديثاً عند الأصحاب على ما قيل، انّ من له أهليه تحمّل الشهاده إذا دعی لتحمّلها وجب عليه الحضور والتحمّل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا»(٢)، بقرينه ما ورد فی

١- (١) الوسائل :١٨ الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١:١٦٩.

٢- (٢) البقره:٨٢.

لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود إلاّ إثنان تعيّن عليهما، ولا يجوز لهما التخلف، إلاّ تكون الشهاده مُضرّه بهما ضرراً غير مستحقّ.

الشَرح:

الروايات، من أنّ المراد الدعوه إلى التحمّل.

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» قال: «قبل الشهاده وقوله: «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(۱) قال: بعد الشهاده».(۲)

وفى مصحّحه أبى الصباح عن أبى عبداللّه «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» قال: «لاينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها».(۳)

وفى صحيحه الحلبى أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا».

فقال: «لاينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، وقال: فذلك قبل كتابه»(۴)، يعنى كتابه الدين.

وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم»(۵)، إلى غير ذلك.

والتعبير بلاينبغى فى جمله من الروايات لا ينافى وجوب الإجابه، فإنّ ما يذكر من ظهور لا ينبغى فى الطلب غير الالزامى اصطلاح متأخر، ومعناه اللغوى لو لم يكن هو الالزام فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا ينافيه، نظير ما ذكر فى معنى الكراهه.

ص :۵۵۱

۱- (۱) البقره: ۲۸۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۲و۴و۵:۲۲۵.

۳- (۳)الوسائل: ۱۸ الباب ۱من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۲ و۴ و ۵: ۲۲۵.

۴- (۴) الوسائل :۱۸ الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۲و۴و۵:۲۲۵.

....

الشَرح:

ومـا ذكر فى الجواهر، من أنّه يحتمـل قريبـاً أن يكون المراد من النهى عن الاباء عن التحمّل كراهته، بقرينه سائر ما ذكر فى الآيه المباركه، من النهى عن الاباء عن الكتابه والتسائم، والتعبير فى الروايات بلا ينبغى، وأنّه يظهر من الصـدوق قدس سره المفروغيه من عدم وجوب التحمل، حيث روى فى نوادر الشـهادات من الفقيه: «وقيل للصادق عليه السـلام : إنّ شـريكاً يردّ شـهادتنا، فقال: لاتذلّوا أنفسكم»(١)، وذكر بعـد ذلك قوله: قال مصـنّف رحمه الله هـذا الكتاب : ليس يريـد بـذلك النهى عن اقامتها، لأنّ اقامه الشهاده واجبه، وإنّما يعنى تحمّلها، يقول: لا تتحمّلوا الشهادات فتذّلوا أنفسكم باقامتها عند من يردّها».(٢)

لا ـيمكن المساعـده عليه لما ذكر، من أنّ التعبير بلا ينبغى لا ينافى الوجوب أو حرمه الإباء، وما ذكر فى الآيه من النهى عن الاباء عن الكتـابه أو التسـائم لا ـ يكون موجبـاً لرفع اليـد عن ظهور المنع عن الابـاء عن التحمـل فيمـا إذا دعى إليه، ومـا نقـل من كلام الصدوق قدس سـره لا يوجب أيضاً رفع اليد، نعم كلامه يدلّ على عدم وجوب التحمل أصـلاً كما هو مقتضـى تعليله عدم اراده الاداء بأنّ اقامه الشهاده واجبه.

وبما أنّ ظاهر الآيه انّ النهى عن الاباء عن التحمل لحصول الاستشهاد المأمور به فيها يكون وجوبه كفائياً، فيسقط بحضور عدلين أو عـدل وامرأتين، ولا يجب التحمل أيضاً إذا كان فى ذلك ضـرر عليه، ولو بأن يخاف الـذلّ بعـدم سـماع شـهادته عنـد الأداء، واطلاق الوجوب الكفائى فيه تسامح كمايأتى.

وقد ذكر الصدوق قدس سره فى ذيل كلامه المتقدم: «وقد روى عن أبى كهمس انّه قال: تقدمت إلى شريك فى شهاده لزمتنى، فقـال لى: كيف أجيز شـهادتك وأنت تنسب إلى مـا تنسب إليه؟ قـال أبوكهمس: فقلت: ومـا هو؟ قال: الرفض، قال: فبكيت، ثمّ قلت:

ص :۵۵۲

۱- (۱) المصدر نفسه: الباب ۵۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲:۳۰۴.

۲- (۲) الفقيه۳:۷۵.

....

الشَرح:

نسبتنی إلی قوم أخاف ألّا أکون منهم فأجاز شهادتی، وقد وقع مثل ذلک لابن أبی یعفور ولفضیل سَکره».(۱)

هذا کلّه بالاضافه إلی التحمل، وأمّا الاداء فلاینبغی التأمّل فی وجوبه بلاخلاف معروف أو منقول، ویشهد له قوله سبحانه: «وَمَن یَکْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(۲)، وفی صحیحه هشام بن سالم فی قول اللّه عزّوجلّ: «وَمَن یَکْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال: «بعد الشهاده»(۳) ونحوها غیرها.

وفی روایه جابر عن أبی جعفر علیه السلام ، قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «من کتم شهاده أو شهد بها لیهدر بها دم امری ء مسلم أو لیزوی بها مال امرء مسلم أتی یوم القیامه ولوجهه ظلمه مدّ البصر وفی وجهه کدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه».(۴)

وظاهر الآیه والروایات کون الوجوب عینیّاً، ولکن بما أنّ الغرض من ایجاب اقامتها ثبوت الحق أو حسم المخاصمه، فلا یجب اقامتها بعد ثبوت الحق وفصلها، وهذا یفترق عن الوجوب الکفائی الذی یکون سقوط التکلیف فیه بعد حصول المتعلق من بعض، ویکون العلم بحصوله ولو مستقبلاً من بعض عذراً فی ترکه، وهذا بخلاف اداء الشهاده، فإنّ العلم بحصوله مستقبلاً من غیره لایکون عذراً کما هو مقتضی تحریم الکتمان.

وعلی کلّ تقدیر فظاهر عباره الماتن قدس سره انّ الاداء واجب کفائی، بلا فرق بین أن یکون تحمّل الشهاده بالدعوه إلی الإشهاد أو بدونها، ولکن قد تقدم أنّ وجوب الاداء یختص بمن دعی إلی التحمّل، وأمّا بدونه فهو مخیّر إن شاء شهد وإن شاء سکت.

۱- (۱) الفقیه۳:۷۵.

۲- (۲) البقره:۲۸۳.

۳- (۳) الوسائل :۱۸، الباب ۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲:۲۲۷.

....

الشَرح:

وفی صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار إن شاء شهد وإن شاء سکت، وقال: إذا أُشهد لم یکن له إلاّ أن یشهد».(۱)

وفی موثقه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام : «إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار، إن شاء شهد وإن شاء سکت، إلاّ إذا علم مَن الظالم فیشهد، ولا یحلّ له إلاّ أن یشهد».(۲)

وظاهر هذه أنّ مع کون أحد الخصمین ظالماً للآخر وفی شهادته دفع ظلمه یجب علیه الاداء مع عدم دعوته إلی تحمّلها، فیؤخذ بهذا التقیید ویرفع الید عن الإطلاق فی غیرها، وقد تقدم سابقاً احتمال أن یکون المراد من الظلم التعدی وان لم یکن المتعدی عامداً، وعلیه یکون الاداء واجباً فیما إذا توقف اثبات الحق لصاحبه علی اداء شهادته.

ثمّ إنّ المذکور فی کلمات جمله من الأصحاب کالماتن قدس سره إنّ التخلف عن اداء الشهاده یجوز مع الضرر غیر المستحق، فلو کان المراد الضرر علی المشهود علیه کما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدین للمدعی فیلزم المدعی علیه بالاداء مع عسره، فلا یبعد کما یدل علیه خبر علی بن سوید(۳)، وأمّا إذا کان فی شهادته ضرر متوجه إلیه فیشکل نفی الوجوب بمجرد ذلک، لأنّ قاعده نفی الضرر امتنانی فلا ترفع التکلیف فیما کان الرفع علی خلاف الامتنان علی المشهود له، بل لابدّ من ملاحظه التزاحم لو کان الضرر المتوجه إلیه لازم الدفع، کوجوب اداء الشهاده.

۱- (۱) الصمدر نفسه :الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲:۲۳۱.

۲- (۲) الوسائل :۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴:۲۳۱.

۳- (۳) المصدر نفسه:الباب ۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۲۹.

فی الشهاده علی الشهاده

الطرف الرابع:

فی الشهاده علی الشهاده

وهی مقبوله فی حقوق النـاس [۱]، عقوبه کـانت، کالقصـاص، أو غیرعقوبه کالطلاق والنسب والعتق، أو مالاً کالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أوما لا یطّلع علیه الرجال

الشَرح:

[۱] تقبـل الشـهاده علی الشـهاده المسـماه بشـهاده الفرع فی حقوق النـاس، سواء کانت من قبیل العقوبه کالقصاص أم غیر عقوبه کالطلاـق والنسب والعتق والنکـاح، أم کانت من المال کالقرض والمضاربه وسائر المعاوضات، ویقبل أیضاً شـهاده الفرع فیما لا یطلع علیه غیر النساء نوعاً، کالولاده والاستهلال وعیوب النساء، وادعی عدم الخلاف أو الاجماع علی ذلک فی کلماتهم.

ویسـتدل علی الحکم، مضافـاً إلی الإجمـاع بروایات، کموثقه غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمـد عن أبیه علیهماالسـلام : «أنّ علیاً علیه السـلام کان لا یجیز شـهاده رجل علی شـهاده رجل إلاّ شهاده رجلین علی شهاده رجل»(۱)، وموثقه طلحه بن زیـد عن أبی عبداللّه عن أبیه عن علی علیهم السلام : «أنّه کان لا یجیز شهاده رجل علی رجل إلاّ شهاده رجلین علی رجل».(۱)

وبهما یرفع الید عن اطلاق موثقه غیاث بن إبراهیم الأُخری عن جعفر عن أبیه: «أنّ علیاً علیه السلام قال: لا أقبل شهاده رجل علی حیّ و إن کان بالیمن (بالیمین)».(۳) فإنّها

ص :۵۵۵

۱- (۲) الوسائل :۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱و۲:۲۹۹.

غالباً كعيوب النساء والولاده والاستهلال، ولاتقبل فی الحدود، سواء كانت للّه محضاً، كحدّ الزنا واللواط والسحق، أو مشتركه كحدّ السرقه والقذف، على خلاف فيهما، ولابدّ أن يشهد إثنان على الواحد لأنّ المراد اثبات شهاده الأصل، وهو لايتحقق بشهاده الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

الشَرح:

تحمل على صوره عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لايبعد كون ظاهرها ذلك.

ثمّ إنّه قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذى ذكروها فی كلماتهم، بل على تقديره أيضاً لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلاً فی ذلك الضابط، بل تسمع الشهاده على الشهاده فی كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا اعتبار بشهاده الفرع فی الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق اللّه المحضه كالزنا واللواط والسحق وشرب الخمر إلى غير ذلك، أم كان مشتركاً كحدّ القذف وحدّ السرقه.

وعدم سماع شهاده الفرع فی حق اللّه المحض اتفاقی، والمشهور على عدم القبول فی الحدّ المشترك أيضاً، وهو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق فی كلّ من موثقه طلحه بن زيد وموثقه غياث بن إبراهيم عن أبی عبداللّه عليه السلام عن أبيه عن علیّ عليه السلام : «إذا كان لا يجيز شهاده على شهاده فی حدّ»(١)، وفی الثانيه: «لا تجوز شهاده على شهاده فی حدّ ولا كفاله فی حدّ».(٢)

ولا يبعد أن يكون التعزير أيضاً كالحدّ فی عدم ثبوته بشهاده الفرع، وقد أُطلق الحدّ على التعزير فی غير واحد من الروايات، ويساعده أنّه كالحدّ فی البناء على عدم الإجراء مع الشبهه والتخفيف، كما أنّ الاعتبار فی شهاده الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل فی غيرها فی معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالابقاء على ما ثبت

وکـذا لو شـهد اثنان علی شـهاده کلّ واحد من شاهدی الأصل، وکذا لو شـهد شاهد أصل وهو مع آخر علی شـهاده أصل آخر، وکذا لو شهد إثنان علی جماعه کفی شهاده الإثنین علی کل واحد منهم، وکذا لو کان شهود الأصل شاهداً وامرأتین فشهد علی شهادتهم اثنان، أو کان الأصل فیما یقبل فیه شهادتهن منفردات، کفی شهاده اثنین علیهن.

الشَرح:

بشهادتهم یقتضی اعتبار شهود الفرع.

ثمّ إنّه قد ذکروا فی اعتبار شهاده الفرع أُموراً:

الأوّل: أنّ سماع شهاده الفرع یختصّ بما إذا لم یتمکن شاهد الأصل من الحضور فی مجلس القضاء لاداء الشهاده.

وقد ورد فی روایه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام فی الشهاده علی شهاده الرجل وهو بالحضره فی البلد قال: «نعم ولو کـان خلف سـاریه یجوز ذلک إذا کان لا یمکنه أن یقیمها هو لعلّه تمنعها عن أن یحضـره ویقیمها، فلا بأس باقامه الشـهاده علی شهادته».(۱)

وهذه الروایه رواها الشیخ والصدوق(۲)، وفی سـند الشـیخ موسـی بن اکیل عن محمـد بن مسـلم، والراوی عن موسـی بن اکیل ذبیـان بن حکیم، وذبیان مهمل، وسـند الصـدوق إلی محمـد بن مسـلم علی ما ذکر فی مشـیخه فقیه(۳) ضـعیف، ودعوی انجبار ضعف الخبر بعمل الأصـحاب وقـد عمل المشـهور بها لا یمکن المساعـده علیهما، حیث من المحتمل جداً اعتبار المزبور والعمل بها لمطابقتها للاحتیاط فی القضاء، وهذا مع ثبوت الاطلاق فی الموثقین بل فی خطاب اعتبار البیّنه مشکل.

ص: ۵۵۷

۱- (۱) الوسائل ۱۸:، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱:۲۹۷.

۲- (۲) التهذیب۶:۲۵۶، الاستبصار ۳:۲۰، الفقیه ۳:۷۱.

۳- (۳) الفقیه ۴:۴۲۴.

....

الشَرح:

الأمر الثانی: یختصّ اعتبارشهاده الفرع بشهادته علی شهاده الأصل، فلاتسمع شهاده الفرع علی شهاده الفرع، وقد ذکر فی کلمات الأصحاب أنّه لاخلاف فی ذلک وادعی جماعه علیه الإجماع.

ویستدل علی ذلک بروایه عمرو بن جمیع عن أبی عبداللّه عن أبیه علیهماالسلام قال: «اشهد علی شهادتک من ینصحک، قالوا: کیف؟ یزید وینقص، قال: لا، ولکن من یحفظها علیک ولا تجوز شهاده علی شهاده».(۱)

ولکن عمرو بن جمیع ضعیف وکذا السند إلیه، ودعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور لا یمکن المساعده علیها فانّه لم یحرز استنادهم إلیها ولعلّه لما قیل من انصراف الموثقتین إلی شهاده الفرع علی شهاده الأصل.

ولکن مع التأمّل فی الانصراف یکفی فی اعتبار شهاده الفرع علی الفرع بأیّ مرتبه ما دلّ علی اعتبار البینه وکونها مدرک القضاء، فإنّ الاطلاق تعم البینه الموجوده وباعتبارها تثبت مدلولها وهی البیّنه الأُخری، وهکذا علی ما ذکر فی بیان اعتبار الخبر عن الإمام علیه السلام بالوسائط.

وبالجمله: فإن أُحرز الإجماع علی عدم اعتبار شهاده الفرع علی شهاده الفرع فهو، وإلّا فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسیس الحاجه إلیها فی بقاء الأوقاف ونحوها.

الثالث: مقتضی اطلاق موثقتی طلحه بن زید وغیاث بن إبراهیم المتقدمتین، وکذا الإطلاق فی اعتبار البینه، عدم الفرق فی الاعتبار بأن یشهد علی کل واحد من شهاده الأصلین اثنان، بأن یکون شاهدا الفرع أربعه عدول، أو یشهد الإثنان علی شهاده کل من شاهدی الأصل، أو کان أحد الشاهدین الأصل ویشهد هو مع شخص آخر علی

۱- (۱) الوسائل :۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحدیث۶:۲۹۸.

وللتحمّل مراتب، أتمّها أن يقول[۱] شاهد الأصل: أشـهد على شهادتی أننی أشهد علی فلان بن فلان، لفلان بن فلان بکذا، وهو الاسترعاء، وأخفض منه ان یسمعه یشهد عند الحاکم، إذ لاریب فی تصریحه هناک بالشهاده.

الشَرح:

شهـاده الأصـل الآ ـخر، کـلّ ذلـک للاطلاق فی الموثقتین وما دل علی اعتبار البیّنه، فما حکی عن الشافعی من اعتبار المغایره فی شاهدی الفرع أمر، لا أساس له.

وأیضاً: لافرق بین کون شاهـدی الأصل رجلین أو رجلًا وامرأتین أوأربعه نساء، فإنّه وإن یعتبر فی شاهدی الفرع کونهما رجلین، کمـا هو ظـاهر انصـراف البینه فی اطلاـق خطاب اعتبارها، إلاّ أنّه لا یضـرّ باعتبار شـهاده الفرع اختلاف شـهود الأصل. وذلک لا لاطلاق الموثقتین، فإنّهما لاتعمّان غیر شهاده رجلین علی شهاده رجل، بل للاطلاق فی اعتبار البیّنه، فإنّه یعمّ البینه القائمه بشهاده النساء، وإنّما یرفع الید عنه بالاضافه إلی الحدود کما تقدم، ویعم بالاضافه إلی غیر الحدّ ممّا یترتب علی موجبه کنشر الحرمه.

و دعوی أنّ الزنا لا یثبت إلاّ بأربعه شـهود، وکیف یثبت بشـهاده رجلین علی شهاده کل من الأربعه، مع أنّ الأصل لا یکون اسوء حالٍ من الفرع ، فیها ما لایخفی، ومما ذکر یظهر أنّه یثبت بشهاده الفرع علی شهاده الأصل بالسرقه ردّ المال لا القطع وهکذا.

[۱] ذکر فی کلماتهم انّ لتحمل شـهاده الفرع مراتباً، وأعلاها المعبّر عنها بالاسترعاء أی طلب الاصـغاء، وصورتها أن یقول شاهد الأصل للفرع: أشهد علی شهادتی لفلان بن فلان علی فلان بن فلان بکذا، وأخفض منها أن یسمع شهاده الأصل عند حاکم.

وفی الجواهر: انّ شـهادته عنـد حـاکم للحکم بهـا وتحمّلها أقوی من التصـریح الأوّل، والمرتبه الأخیره ان یسـمعه یقول أنا شاهد لفلان بن فلان علی فلان بن فلان

ويليه أن يسمعه يقول:أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أوعقار، إذ هى صوره جزم، وفيه تردد، أمّا لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصر متحمّلاً لاعتياد التسامح بمثله، وفى الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

الشَرح:

بكذا، ويذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، وأمّا إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنّه لا يصير متحمّلاً لاعتبار التسامح بمثله، ولعل الأصل فى ذلك كلّه ما ذكره الشيخ قدس سره فى المبسوط من التفصيل وتبعه غيره فيه، ولكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهاده كما هو الفرض يكون المستمع إليه تحمّلاً، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر وبلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

وماذكر قدس سره من عدم قبول شهاده الفرع إلّا عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنّه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

ثمّ إنّه إذا حضر الأصل وأنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلك بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكه، وانكار شهاده الاصل لايزيد على ماكان الحكم بشهادته ثمّ رجع عنها.

وأمّا إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهاده الفرع إلّا إذا كان أعدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلك صحيحه عبد الرحمان بن أبى عبداللّه عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل شهد على شهاده رجل فجاء الرجل فقال: أنى لم أشهده؟ قال: «تجوز شهاده أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحده لم تجز شهادته».(١)

وفى روايه أُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل شهد شهاده على شهاده آخر

١- (١) الوسائل :١٨، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحديث ١و٢و٢٩٩:٣.

ففى صوره الإسترعاء يقول:اشـهدنى فلان على شـهادته، وفى صوره سـماعه عند الحاكم يقول: أشـهد انّ فلاناً شهد عند الحاكم بكذا، وفى صوره السماع لاعنده يقول: أشهد انّ فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا.

ولاـ تُقبل شـهاده الفرع إلاّ عنـد تعـذّر حضور شاهـد الأصل، ويتحقّق العـذر، بالمرض وما ماثله وبالغيبه، ولا تقـدير لها، وضابطه مراعاه المشقه على شاهد الأصل فى حضوره.

ولو شـهد شاهد الفرع فانكر شاهد الأصل، فالمروى العمل بشـهاده أعدلهما، فإن تساويا أُطرح الفرع، وهو يشـكل بما انّ الشـرط فى قبول الفرع عدم الأصل، وربّما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، ولو شـهد الفرعان ثم حضـر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم الشَرح:

فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهاده أعدلهما»(١)، ونحوهما صحيحه عبدالّله بن سنان.(٢)

ودعوى انّ شـهاده الفرع تبطل بحضور شاهـد الأصل قبل الحكم ولايمكن العمل بالروايات المزبوره لـذلك، ولأنّ ظاهرها قبول شهاده الفرع الواحد على رجل من الأصل ، لايخفى ما فيها، فإنّ حضورالأصل لا تبطل شهاده الفرع على ما تقدم.

وعلى تقـديره، فقـد ورد الاسـتثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملاً بها، كما انّ المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافى اعتبار التعـدد، حيث انّها ناظره إلى حكم صوره مخالفه الأصل فى الشـهاده بالواقعه مع الفرع قبل الحكم.

وأمّا ما ذكر الماتن قدس سره من حمل الروايات على صوره قول الأصل لا أعلم، ينافى ظاهرها فى انكار الأصل الشهاده بالواقعه على الفرع.

يقـدح فى الحكم وافقا أو خالفا، وان كان قبله سـقط اعتبار الفرع، وبقى الحكم لشاهد الأصل[١]، ولو تغيّرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأنّ الحكم مستند إلى شهاده الأصل[٢].

الشَرح:

[١] قد تقدم عدم سقوط شهاده الفرع فيما إذا خالفا الأصل وكان الفرع أعدل، وكذا لايقدح حضور الأصل فى شهاده الفرع فيما إذا حضـر و لم يظهر مخالفته لشـهاده الفرع، فللحاكم ان يحكم بشـهادته، واطلاق العباره يقتضى عدم الإعتناء بشهاده الفرع حتى فى الصورتين.

[٢] هـذا مبنى على المنسوب إلى المشـهور، من أنّ خروج الشاهـد عن شـروط الشـهاده بغير الموت والاغمـاء قبل الحكم يوجب سقوط الشـهاده التى لااعتبار لها فى الحكم بها، وأمّا بناءً على ما ذكرنا فى بحث القضاء، من أنّ خروج الشاهـد عن الشـرائط بعد شهـادته وقبـل الحكم نظير خروجه عنهـا بعـد الحكم لاـ يضـرّ بشـهادته السابقه، وانّ ميزان الحكم وهو الحكم بالبيّنه قـد حصل، فلاموجب لرفع اليد عن شهاده الفرع.

ومـا فى الجواهر تبعاً لغيره من الفرق بين موت الشاهـد أو اغمائه بعـد شـهادته وبين فسـقه أو كفره، لكون الكفر والفسق مقتضـياً لعدم القبول بخلاف الاغماء والموت، فإنّ أقصاهما عدم اقتضائهما القبول، فيه ما لايخفى، حيث إنّ الفسق أو الكفر حال الشهاده يقتضى عدم القبول وبعد الشهاده كالموت والاغماء لايقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر والفسق كاشـفاً عن عـدم عـدالتهما حين الشـهاده أيضاً، فعـدم الاعتبار لفقـد شـرط الشـهاده عند أدائها، وهذا خلاف الفرض.

ومن العجب أنّ الماتن قدس سره التزم بأنّ خروج الشاهد بالواقعه قبل الحكم لا يوجب نقصاً فى مدرك القضاء، وفاقاً للشيخ فى الخلاف والحلبى، ولكن ذكر فى المقام أنّ خروج الأصل عن شـرط القبول قبل الحكم بشهاده الفرع يمنع القضاء، مع انّ القضاء بشهاده الفرع يقع على شهاده الأصل التى وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

ص :٥٦٢

وتقبل شهاده النساء على الشهاده، فيما يقبل فيه شهاده النساء منفردات، كالعيوب الباطنه والاستهلال والوصيه، وفيه تردد أشبهه المنع[١]، ثمّ الفرعان ان سميّا الأصل وعدّلاه، قُبل[٢]، وإن سميّاه و لم يعدّلاه سمعها الحاكم وبحث عن الأصل وحكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم يسميّاه لم يقبل.

الشَرح:

[١] قد تقدم أنّ ما ورد فى القضاء بالبيّنات ظاهره القضاء بشهاده العدلين، من غير فرق بين كون شهادتهما بالواقعه مباشره أو على الشهاده فى تلك الواقعه، وماوردفى قبول شهاده النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعه، فإنّها هى التى لا يطّلع عليها الرجال، لا الشهاده بتلك الواقعه.

وعليه فيتعيّن شهاده عدلين على شهاده كل واحد منهنّ، ولاتفيد شهاده النساء على شهادتهن، حتى الأمر كذلك فى الشهاده على الشهاده بالمال من الدين أوالعين، فإنّ شهاده رجل مع امرأتين يثبت الدين، ولا يثبت شهاده الرجل والمرأتين به بغير شهاده العدلين، ودعوى الأولويّه فى القبول لاوجه لها، فإنّها لاتخرج إلاّ إلى الاستحسان.

[٢] تعرض قدس سره لأداء الشهاده، على الشهاده وذكر انّ للاداء صوراً:

الأُولى: أن يذكرا اسم الأصل وأثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما وما شهدا به عندهما، وهذا القسم من شهاده الفرع مدرك القضاء.

والثانيه: أن يذكرا اسمهما وما شهدا به عندهما ولم يشهدا بعدالتهما، وفى هذه الصوره فحص الحاكم عن عدالتهما فإن ثبتت يقضى بالشهاده المزبوره.

والثالثه: أن لايذكرا إسمهما بل ذكرا انّ كل واحد من العدلين شهد عندهما بكذا، وهذا لايصلح مدركاً للقضاء، حيث إنّ مع عدم ذكرهما وعدم تعيينهما كما هو الفرض

ولو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمه أو الخاله أو بوطی ء البهیّمه ثبت بشـهاده شاهدین[۱]، وتقبل فی ذلک الشهاده علی الشهاده، ولا یثبت بهـا حـدّ، ویثبـت انتشـار حرمه النکـاح، وکـذا لاـ یثبت التعزیر فی وط ء البهیمه، ویثبت تحریـم الأکـل فی المـأکوله، وفی الأخری وجوب بیعها فی بلد آخر.

الشَرح:

لایتمکن الخصم علی الجرح بل یمکن أن یکونا أو یکون أحدهما غیر عادل عند الحاکم.

أقول: یشـکل رفع الیـد عن اطلاـق مـا دلّ علی اعتبـار البیّنه مع فرض شـهادتهما بعـداله کـل من شاهـدی الأصل وإن لم یـذکرا اسمهما، إلّا أن یتم الإجماع علی خلافه.

[۱] کما تسـمع الشـهاده علی الشـهاده فی حقوق الناس کـذلک تسـمع الشـهاده علی الإقرار فیها، وکـذا الشـهاده علی الإقرار فی حقوق اللّه.

ولکن لاتثبت بالشـهاده علی الاقرارفیها الحـدّ، بل تسـمع بالاضافه إلی سائر مایترتب علی موضوع الحد من نشـر الحرمه، کما فی الشـهاده علی الاـقرار بـاللواط أو الزنـا بـالعمه والخاله، حیث تحرم أم الموطوء واخته وبنته علی اللّاطی المقرّبه، وفی الإقرار بالزنا بالخاله تحرم بناتها علی المقرّ، وکذا فی الزنا بالعمه علی الأحوط.

وکـذا لاـیثبت بالشـهاده علی اقراره بوطی بهیمه التعزیر، ولکن تحرم أکـل لحمهـا، علی المقرّ فیما یطلب أکل لحمها وفی غیرها یثبت علیه الغرامه ولزوم بیعها فی بلد آخر.

ص :۵۶۴

اعتبار اتفاق الشاهدین معنی

الطرف الخامس:

فی اللواحق وهی قسمان:

القسم الأوّل: فی اشتراط توارد الشاهدین علی المعنی الواحد[۱]، ویترتب علیه مسائل:

الأولی: توارد الشاهدین علی الشیءالواحد، شرط فی القبول، فان اتفقا معنیً حکم بهما وان اختلفا لفظاً، إذ لافرق بین أن یقولا غصب وبین أن یقول أحدهما غصب، والآخر انتزع، ولا یحکم لو اختلفا معنیً، مثل أن یشهد أحدهما بالبیع والآخر بالاقرار بالبیع، لأنّهما شیئان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت. الثانیه: لو شهد احدهما انه سرق نصاباً غدوهً، وشهد الآخر أنه سرق عشیهً لم یحکم بها لأنها شهاده علی فعلین. وکذا لو شهد الآخر انّه سرق ذلک بعینه عشیه لتحقق التعارض او لتغایر الفعلین.

الشَرح:

[۱] ذکر فی القسم الأوّل من الطرف الخامس اشتراط وحده الواقعه التی یحکیها الأخر فلا تتحقق البیّنه بتلک الواقعه، کما أنّه یعتبر فی تحقّقها بها توافق حکایتهما فیها، فإن اختلفا فی حکایتهما لم یصدق أنّ ما شهد به أحدهما شهد به الآخر.

وعلی ذلک فلایعتبر فی قیام البینه بواقعه اتّحاد الکلامین بحسب ألفاظهما، بل المعیار اتّحادهما فی المحکی خارجاً، وتوافقهما بحسب حکایته، فلا فرق بین أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالاً کذا من فلان، وقال الآخر: أخذ فلان ذلک المال من فلان عدواناً.

....

الشَرح:

وعلى مـا ذكر، فـإن لم يكن لكلامهما ظهور فى وحـده المحكى، بأن شـهد أحـدهما بأنّ فلاناً باع المال الفلانى، وقال الآخر بأنّ فلاناً أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع بالبيّنه، نعم لو حلف المدعى مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوى الماليّه بل غيرها بشاهد ويمين.

وهـذا مع تعـدد المحكى بحيث لاـ ينفى أحـد الشاهـدين مـا يحكيه الشاهـد الآـخر، وإلاّـ فمع حكايتهمـا عن أمر واحـد خارجى وإختلافهما فى حكايه ذلك الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلاً، وقال الآخر: سـرق ذلك النصاب من عمر ونهاراً، فلا تتم البيّنه بالسرقه الخارجيه.

وظاهر كلام جمله من الأصـحاب أنّ فى هذه الصوره أيضاً لو حلف المدعى مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حدّ السـرقه نعم يثبت حدّ السـرقه، أيضاً فيما إذا شـهد أحدهما أنّه سـرق ثوباً بعينه وقيمته درهم، وقال الآخر. أنّه سرقه ولكن قيمته درهمان ، فإنّ السّـرقه الموجبه للحـد ثبتت بشـهادتهما معـاً والاختلاـف إنّما هو فى قيمه ما سـرق، فالواجب فى الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعى على أنّ قيمته درهمان غرم درهمين.

ولكن مـايظهر من كلاـمهم لاـيمكن المساعـده عليه، فـإنّ ثبوت دعوى المـدعى بشـهاده أحـدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهـادته وشـهاده الآـخر معـارضه، لتعـدّد الواقعه أو لاحتمـال تعـددها بحسب حكايتهمـا، وأمّـا إذا أظهر اوحـدتها وإنّ ما حكاها أحدهما هى حكايه الآخر واختلفا فى نقلها بحيث ينفى كل منهما الواقعه على طبق حكايه الآخر.

فلايفيد فى ثبوت دعوى المدعى حلفه مع شهاده أحدهما، لأنّ شهادته مبتلاه

ص :۵۶۶

الثالثه: لو قال أحدهما سرق ديناراً، وقال الآخر درهماً، أوقال أحدهما سرق ثوباً أبيض، وقال الآخر أسود، ففى كل واحدٍ منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدّعى[١]، لكن يثبت له الغرم ولا ـ يثبت القطع، ولو تعارض فى ذلك بيّنتان على عين الشَرح:

بالمعارض، وظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين المدعى، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاه بالمعارض، كما هو الحال فى القضاء بالبيّنه أيضاً كما مرّ.

وما فى كلام بعض من سقوط الشهادتين وتثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين، اليمين المردوده، وفى مثال الشهاده بسرقه النصاب لا يثبت الحد ولا الغرم، وفى مثال الثوب لا يثبت غرم درهمين بل الغرم فى مسأله النصاب وغرم درهمين فى مسأله الثوب يتوقف على اليمين المردوده.

نعم، لو اتفقا على الشهاده بسرقه النصاب فى زمان واحد، بأن قال كل منهما فى الشهاده: رأيت مع صاحبى إنّه يسرق النصاب، ولكن اختلفا فى ذلك الزمان، فقال أحدهما: أنّه كان ليلاً، وقال الآخر: كان نهاراً، فلايبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحدّ لاتفاقهما على الشهاده بالسرقه الواحده، واختلافهما فى زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكى أو احتماله، كما لاينفى أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم وموجب الحدّ.

[١] لعل مراده قدس سره ما إذا كانت شهاده أحدهما بواقعه غير الواقعه التى يشهدبها الآخر، وحيث إنّ لكل من الواقعتين شاهداً واحداً يمكن اثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعى، فيلزم الغرم بالواقعه التى حلف بها المدعى، ولو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرمان، ولكن لايثبت القطع، لأنّ الحد لا يثبت بشاهد ويمين.

ثمّ ذكر قدس سره انّه لو وقع التعارض بين البيّنتين فى عين واحده، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعه، بأن شهد اثنان انّه سرق الثوب الفلانى عشيّه، وشهد اثنان انّه سرقه نهاراً، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلانى ليلاً، وقال الآخر: سرقه نهاراً.

واحده سقط القطع للشبهه، ولم يسقط الغرم، ولو كان تعارض البيّنتين[۱] لاعلى عين واحده ثبت الثوبان والدرهمان.

الشَرح:

ففى هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهه لتعارض النقلين، ولكن يثبت الغرم على نسخه الجواهر، حيث قال فى تعليله:

انّ سرقه ذلک الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البيّنتين والاختلاف فى غيرها، من وقوعها ليلاً أو نهاراً، وعن المبسوط: انّ الحاكم فى حكمه بالسرقه يعتمد على احدى البينتين ويخرجها بالقرعه، واستشكل فى القرعه فى كشف اللثام بأنّه لا فائده فى استعمال القرعه فى المقام ولايترتب عليها ثمره، وأورد قدس سره بأنّ على الحاكم تعيين البيّنه التى يعتمد عليها فى حكمه بتحقق السرقه، ولا يمكن التعيين إلاّ بالقرعه، ويترتب على تعيينها بها الثمره عندما يرجع الشاهد عن شهادته فى ثبوت الغرم عليه، فإنّ الغرم يثبت عند رجوع شاهد اخرجت شهادته بالقرعه فى تعيين البينه، ولكن استشكل فى ذلک بأنّ القرعه فى البيّنتين عند ما لم يمكن العمل بهما.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض وبين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنّه سرق النصاب ليلاً، وقال الآخر: أنّه سرقه نهاراً، فإنّ شهاده الشاهدين بواقعه واحده بينه فلابدّ من ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضاً، حيث إنّ الاختلاف فيأنّ زمان الواقعه كان ليلاً أو نهاراً لايوجب تعدّدها.

إلاّ أن يحمل ما تقدم على صوره احتمال تعدّد الواقعه فى شهادتهما، بأن سرق المال نهاراً ثم أخذه مالك المال ثمّ سرقه ليلاً، وهذا الاحتمال لا يجرى فى تعارض البيّنتين على عين واحده، حيث انّ الشاهدين من كل من البينتين يشهدان بواقعه من غير اختلافهما فيهما، وانّما الاختلاف بين شاهدى البيّنه مع شاهدى البينه الأُخرى.

[۱] المراد من تعارض البيّنتين لاعلى عين واحده تواردهما، بأن قامت بينه بأنّه

الرابعه: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوةً بدينار، وشهد له الآخر انّه باعه ذلك الثوب بعينه فى ذلك الوقت بدينارين لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبه بأيّهما شاء مع اليمين[۱]،

الشَرح:

قد سرق الثوب الأسود، وشهدت بينه أُخرى أنّه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحداهما: أنّه سرق الدرهم، وقالت الأُخرى: أنّه سرق الدينار، وفى هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين وضمان الدرهم والدينار، ولاموجب فى الفرض لسقوط القطع، والشبهه مع وحده العين غير آتيه مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعى بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى احدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البيّنتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعه عند تعارضهما، كما هو كذلك، حيث انّ ما ورد فى القرعه بين البينتين لا يعمّ المقام، بل ظاهره ما إذا كان فى البين مدّعيان دعواهما متنافيتان وقام لكل منهما بينه، فإنّ فى هذه الصوره تخرج احدى البيّنتين بالقرعه ويحلف صاحب تلك البينه والمقام ليس من هذا القبيل، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] مراده قدس سره أنّ بيع الثوب المزبور بدينار واقعه وبيعه بدينارين يحسب معامله أخرى، ولاتجتمع الواقعتان فى الفرض، مع عدم قيام بينه بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيعين والآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعى مع دعواه أحدهما بعينه اثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إنّ ضم اليمين إلى شاهد إنّما إذا لم تكن شهادته مبتلاه بالمعارض كما هو الفرض فى المقام.

ولو قامت بكل من البيعين بينه ثبت الديناران وانّه يستحقّهما على المدعى عليه، لتمام البينه عليه ولغت البينه التى قامت بالدينار.

ولو شـهد له مع كل واحد شاهدآخر ثبت الديناران، ولا كذلك[١] لو شـهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنّه يثبت الألف بهما والآخر بإنضمام اليمين، ولو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهاده الجميع، والألف الآخر بشهاده اثنين.

الشَرح:

وظاهر المحكى عن المبسوط انّ البينتين فى الفرض متعارضتان، وقال فى الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين والبيع بالدينار مدعياً، كما إذا قال البائع بعته بدينارين وقال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع والمشترى كما ذكر، وقيام البينه لكل منهما يدخل الفرض فى البيّنتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعه بيّنتها يحلف كما تقدم، كما أنّه مع عدم البيّنه للبائع ولا المشترى، فمع بقاء الثوب يحلف البائع وتثبت دعواه ومع عدم بقائه يحلف المشترى عملاً بالنص الوارد فى المورد، على ما تقرر فى مبحث اختلاف المتبايعين.

ولو فرض أنّ خصم المدعى ينكر الشراء، فبيّنه البيع بالدينارين مع بينته بدينار متعارضتان عند الحاكم وان يعترف الخصمان ببطلانها، فلايمكن له الحكم بثبوت البيع بدينارين، ولامجال فى الفرض للقرعه أيضاً لأنّ الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعه فيما إذا أُحرز انحصار الحق بين البينتين، وفى الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلاً ولا قيمه للبيّنه المبتلاه بالمعارض، وعليه فيحلف المشتريعلى عدم الشراء، أخذاً بما دلّ على كون الحلف على المدعى عليه مع عدم قيام البينه للمدعى، والمراد البينه غيرالمبتلاه بالمعارض.

اللّهمّ إلّا أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بيّنه الدينارين بلا معارض.

[١] كان نظره قدس سره إن بيع شىء بدينار مع بيعه بدينارين من المتباينين، بخلاف

وكذا لو شـهد أنّه سـرق ثوباً قيمته درهم، وشهد آخر أنّه سرق وقيمته درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما، والآخربالشاهد واليمين، ولو شـهد بكل صوره شاهـدان ثبت الـدرهم بشـهاده الجميع، والآخر بشـهاده الشاهـدين بهما، ولو شـهد أحـدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً أو بالقتل كذلك، لم يحكم بشـهادتهما[۱]، لأنّها شـهاده على فعلين، أمّا لو شـهد أحـدهما باقراره بالعربيه، والآخر بالعجميه قُبل، لأنّه إخبار عن شيء واحد.

الشَرح:

الإقرار بالألف والاقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنّهما من الأقل والأكثر، وعليه فلو شهد شاهد باقراره لزيد بألف وشهد الآخر باقراره له بألفين، فبالإضافه إلى الاقرار بالألف يحسب شهادتهما بينه، وكذا الحال فى الشهاده بقيمه الثوب بعد تلفه، وأمّا الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله.

أقـول: هـذا فيمـا إذا لم ينف الشاهـد بالإـقرار بالأـلف وقوع الإـقرار بالزائـد أو لم ينف ضـمان الزائـد وإلاّـ تكون شـهاده مبتلاـه بالمعارض، كما تقدم فى الشهاده بسرقه ثوب معين وانّ قيمته درهم و شهاده الآخر بسرقته و قيمته درهمان.

وعلى ما ذكر قدس سره يترتب أنّه لو شـهدت بيّنه على الإقرار بالألف وشـهدت بينه أُخرى بالاقرار بالألفين، ثبت الألف بشهاده شهود كلتا البينتين والألف الآخر يثبت بالبيّنه بالإقرار بألفين، وقد ذكرنا أنّ هذا فيما إذا لم ينف البينه بالأقلّ الإقرار بالألف الثانى أو ضمان الزائد.

[۱] يريـد بـذلك بيـان أنّه لو شـهد شاهـدان كـلّ منهما بواقعه غير الواقعه الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشـهاده القـذف أم لم يمكن كما إذا اختلفا فى قتل شـخص، وقال أحـدهما: قتله ليلاً، وشـهد الآخر فقال: قتله نهاراً، فلا يثبت شـيء منهما، لتوقف كل منهما على شهاده العدلين فى ثبوته لولا التكاذب، حيث إنّ كلاًّ من القذف والقتل

خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته

القسم الثاني: في الطوارئ، وهي مسائل:

الأولى: لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا، حكم بهما[١]، وكذا لو شهدا ثمّ زكّيا بعد الموت.

الشَرح:

يحتاج في ثبوته إلى شهاده الشاهدين، ولم يتمّ في كل قذف شهادتهما والآمر في الشهاده بالقتل كذلك مع حصول التكاذب أيضاً.

بخلاف ما إذا تعدّد الواقعه وأمكن حصول المتعدد ويثبت كل منهما بشهاده عدل، كما إذا شهد أحدهما أنّه أقر لزيد بألف بالعربيه، وشهد الآخر أنّه أقرّ له بألف بالعجميه، حيث يحتمل حصول الاقرارين بلا تنافٍ بينهما، فإنّ كلًّا من الاقرارين إخبار عن شيء واحد، فتقبل شهاده منهما بضم يمين المدعى.

ولكن ظاهر عبارته قدس سره عدم الحاجه في الأخير إلى ضم اليمين، حيث علّل القبول بأنّه اخبار عن شيء واحد.

وفيه: إنّ الاقرار و ان يكون اخباراً عن شيء واحد إلاّ أنّ هذا بالاضافه إلى المقرّ، فتعدّد اقراره مع وحده المقرّ به خارجاً لايوجب إلاّ تعدد الحكايه، وأمّا بالاضافه إلى شهاده الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكايه غير حكايه الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبيّنه أو بشاهد ويمين المدعى.

[١] الظاهر عدم الخلاف في جواز القضاء بشهاده شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إنّ مدرك القضاء شهاده العدلين بالدعوى أو بغيرها وقد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل في القضاء تكليفاً أو وضعاً، ومن هذا القبيل ما إذا شهدا ثمّ زكيا بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إنّ مع التزكيه يحرز حصول البيّنه وتمامها للمدعى.

وهل الحكم كذلك فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط

الثانيه: لو شهدا ثمّ فسقا قبل الحكم، حكم بهما، لأنّ المعتبر فى العداله عند الإقامه، ولو كان حقّاً للّه كحدّ الزنا لم يحكم، لأنّه مبنى على التخفيف، ولأنّه نوع شبهه، وفى الحكم بحدّ القذف والقصاص تردّد، أشبهه الحكم لتعلّق حق الآدمى به.

الشَرح:

شهاده الفاسق عن الاعتبار مطلقاً، أو يفصّل بين ما كان المشهود به من حق الآدمى فلا يسقط اعتبار الشهاده وبين حق اللّه المحض.

ظاهر الماتن قدس سره هو الثالث، ولكن ذكر فيما سبق فى مسأله فسق شاهدى الأصل عند شهاده الفرع مايقتضى الثانى يعنى عدم القبول مطلقاً، كما هو المحكى عن الشيخ قدس سره فيأحد قوليه والعلاّمه فى المختلف والشهيدين قدس سرهم .

ويستدل على ذلک بما استفاض من الروايات الوارده فى ردّ شهاده الفاسق، ويضعّف بأنّ ظاهر تلك الروايات عدم قبول شهاده الفاسق عند شهادته، كما هو الحال فى ردّ شهاده الشريک لشريکه فى المال المشترک أوردّ شهاده الأجير وغيرهما.

ودعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهه فى شهادتهما السابقه، ولذا ذكر الماتن فى المقام عدم الحكم بشهادتهما فى حدود اللّه وكأنّه لدرء الحدود بالشبهه، ولأنّها مبنيّه على التخفيف.

ولكن شيئاً من ذلک لا يصلح لرفع اليد عمّا دلّ عليه من اعتبار البينه، أى شهاده رجلين عدلين عند أدائها، ولا تكون فى البين شبهه فى الحكم، لافى حق الآدمى ولا فى الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجبه لامعنى للتخفيف.

ولو كان فى البين شبهه لما كان يجرى، سواء كان من حق اللّه المحض (جلّ وعلا) أم مشتركاً كحدّ القذف والقصاص، بناءً على كونه عقوبه على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يردثانه فمات قبل الحكم وانتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلک بكون المال لهما من الحكم

الثالثه: لوشهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

الرابعه: لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم، لم يحكم[١].

الشَرح:

للمدعى بشهاده نفسه، ويمكن الجواب عن ذلك أيضاً بانّ ظاهر ما ورد فيأنّ البيّنه على المدعى هو كون المدعى غير الشاهدين عند شهاده الشاهدين، وأمّا المغايره عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايره دليل، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلاخلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنّه يحكم ولايعتنى برجوعهما بعد اقامتهما الشهاده فيما كانا معروفين بالعداله والضبط، ولكن الأظهر عدم الحكم بشاهدتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

ويستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهاده رجع الشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهاده، وما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنات ينصرف عن الشهاده المزبوره، بل ذكرنا سابقاً أنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تصلح مدركاً للحكم، ورجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهاده السابقه، ولما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سنداً للحكم.

وبتعبير آخر: الرجوع عن الشهاده إمّا يكون بنفى ما شهد به أوّلاً أو نفى حسّه ذلك المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر وشهد عدلان آخران بنفى ما شهدا به، أو بنفى حضورهما فى الواقعه التى شهدابها.

وهذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهاده ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقه لو كان عدلهما عند إقامه الشهاده محرزاً، فإنّهما وإن يحكم بفسقهما فعلاً بالكذب إمّا بالشهاده السابقه أو برجوعهما، إلاّ أنّ مقتضى الطريق إلى عدلهما عند

....

الشَرح:

شهادتهما ولا أقل من أنّ مقتضى الاستصحاب فى عدلهما عند ادائهما الشهاده اعتبارها.

ويـدلّ على عـدم جـواز الحكـم بعـد الرجـوع إلى مرسـله جميـل عمن أخـبره عن أحـدهما عليهماالسـلام : «قـال فى الشـهود إذا رجعواعن شـهادتهم وقد قضـى على الرجل: ضـمنوا ماشهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»(١)، فإنّ ظاهرها الغاء الشهاده برجوع الشاهد قبل الحكم.

واسـتدلّ فى كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهـد على ما قيل بصـحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «كان أميرالمؤمنين عليه السلام يأخذ بأوّل الكلام دون آخره»(٢)، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «انّ النبى صـلى الله عليه و آله قال: من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخير»(٣)، بدعوى أنّ ظاهرهما انّ الرجوع عن الشهاده بعد اقامتها لايسقط اعتبارها.

ولكن فى نسـخه الوسائل فى صـحيحه هشام: «كان أميرالمؤمنين عليه السـلام لا يأخذ بأوّل الكلام دون آخره»(۴)، ولايحتمل أن يكون الغلط فى نسـخه الوسائل لأنّه لو كان الوارد: وكان أميرالمؤمنين يأخـذ بأوّل الكلام، لما كان إيراده فى الباب الـذى أورده مناسباً.

وبالجمله، مع اجمال متن الروايه لايمكن الإستدلال بها، مع أنّ اطلاقها ممّا

١- (١) الوسائل:١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٨.

٢- (٢) التهذيب ٣١٠:۶، الحديث ٨۵٣.

٣- (٣) الوسائل:١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ۴:٢٣٩.

۴- (۴) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٣:١۵٨.

ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به، لم ينقض الحكم [۱]، وكان الضمان على الشهود.

الشَرح:

لايمكن الأخذ به فيماكان آخر الكلام قرينه على المراد من أوّل الكلام.

وأمّا روايه السكونى فقد رواها الصدوق قدس سره عن النبى صلى الله عليه و آله مرسلًا، وفى نقله: «من شهد عندنا بشهاده ثم غيّر أخذنا بالأُولى وطرحنا الأُخرى»(۱)، وهذه وإن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام ولكنّها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ورواها الشيخ بسنده عن محمّد بن أحمد بن يحيى ومتنها كما نقلنا، وظاهر قوله عليه السلام : «انّ النبىّ صلى الله عليه و آله قال: من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخير»(۲)، أخذ الشاهد بأوّل كلامه.

وهذا لايجرى إلاّ في مثل الإقرار، حيث انّ العدول عنه ولو فى آخر كلامه غير مسموع لايوجب ترك أخذه بما أقرّ به أوّلاً، ولكن الشاهد المزبور فى المقام لايؤخذ وإنّما يؤخذ بشهادته كما لايخفى، وممّا ذكر يظهر أنّ رجوعهما ينافى شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

[۱] وأمّا إذا كان رجوعهما بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلاينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلاخلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلك صحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شاهد الزورقال: «ان كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل».(۳)

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شهاده الزور: «ان كان قائماً وإلاّ

۱- (۱) الفقيه ۳: ۴۳.

۲- (۲) التهذيب ۶:۲۸۲.

۳- (۳) الوسائل:۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲و۳:۲۳۹.

....

الشَرح:

ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل».(۱)

وهاتـان المحتمـل اتّحادهمـا وإن وردتـا فی شاهـد الزور إلاّـ أنّ الاتلاف الموجب للضـمان يجری فی صوره الرجوع أيضاً لنفوذ الحكم بعـد صـدوره بميزانه، بـل يمكن الاسـتدلال بمعتـبره السـكونی المتقـدمه فی صوره الحكم وانقضـاء الاستيفـاء، حيث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأوّليه و معنی أخذه بها ضمانه.

وبالجمله: فلا موجب لرفع اليـد عن الحكم الحاصل بموازينه فيما إذا حصل الرجوع بعـده و بعد الاستيفاء، بلا فرق فی ذلک بين حقوق اللّه و حقوق الناس، و يدلّ علی ضـمان الشـهود فی حق اللّه أيضاً صحيحه محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام قال: «قضـی أمير المؤمنين عليه السـلام فی رجل شـهد عليه رجلان بأنّه سـرق فقطع يده، حتی إذا كان بعد ذلک جاء الشاهدان برجل آخر، فقال: هذا السارق وليس الذی قطعت يده إنّما شـبهنا ذلک بهذا، فقضی عليهما أنّ غرمهما نصف الديه ولم يجز شهادتهما علی الآخر».(۲)

وفی معتـبره السـكونی عـن جعفر عـن أبيه عن علی عليه السـلام : «فی رجلين شـهدا علی رجـل أنّه سـرق فقطعت يـده، ثم رجع أحـدهما فقـال: شـبّه علينا، غرما ديه اليـد من أموالهما خاصّه، وقال فی أربعه شـهدوا علی رجل أنّهم رأوه مع امرأه يجامعها وهم ينظرون، فرجم، ثمّ رجع واحـد منه، قال: يغرم ربع الـدّيه إذا قال: شـبّه علیّ، وإذا رجع اثنان و قالا: شـبّه علينا، غرما نصف الديه، وإن رجعوا كلّهم وقالوا: شبّه علينا، غرموا الديه، وإن قالوا: شهدنا بالزور، قتلوا جميعاً».(۳)

وهذه كما قبلها وإن وردت فی رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد ولكن لا فرق بين الحدود وغيرها ولو بملاحظه ما تقدم.

ص :۵۷۷

ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حدّاً للّه نقض الحكم[۱] للشبهه الموجبه للسقوط، وكذا لو كان للآدمى كحد القذف أو مشتركاً كحدّ السرقه.

الشَرح:

[۱] المشهور عند الأصحاب أنّه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحدّ من حق اللّه المحض أو غيره، وعلّلوا ذلک بأنّ الحدود مبنّيه على التخفيف وتدرء بالشبهه ورجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهه، بل ألحقوا بالحدود، القصاص فإنّ القتل خطره عظيم ومورد للاحتياط.

وصرّح بعضهم انّ الساقط بالرجوع نفس الحدّ لا سائر مايترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمه وانتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالإرتداد ورجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإنّ الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته واعتداد زوجته.

وإذا أُلحق القصاص بالارتداد فى سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالديّه أو لايطالب بشىء، فإنّ الدّيه تطالب بالمصالحه فى مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها وهو القتل خطأً، والمفروض عدم ثبوته وعدم المورد للمصالحه لفقد القصاص.

ولكن يقال: انّ نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافى ما دلّ على نفوذه، ومع الدليل على نفوذ الحكم لاشبهه فى البين بحسب الظاهر، وأمّا الشبهه واقعاً فهى تجرى حتى فى صوره عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، ولعلّه لذلک تردّد فى نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان وفخر المحققين.

بل قيل بأنّه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض فى العقوبات التى لا تدخل فى الحدود كالقتل والجرح قصاصاً،

....

الشَرح:

وفی الفروج لعظم خطرها وعدم استدراک فائت البضع.

أقول: لا یبعد القول بسقوط الحدّ برجوع الشهود فی الحدود قبل اجرائها حتی فیما إذا کان الرجوع بعد الحکم، بل لا یترتب سائر التوابع أیضاً مع الرجوع وذلک فإنّه لم یقم دلیل فی اجراء الحد علی اعتبار الحکم والقضاء، بل المقدار الثابت هو أن یثبت الإرتکاب عند الحاکم، فعلیه مع ثبوته عنده إجراء الحد ولا یعتبر انشاء الحکم أوّلاً، والثابت اعتبار الحکم والقضاء فی موارد الدعاوی وفصل الخصومات.

وعلیه یکون رجوع الشاهد عن شهادته قبل اجراء الحدّ لمعارضه شهادته الثانیه مع الأُولی، لو لم نقل إنّ شمول دلیل الاعتبار علی الثانیه یوجب انحلال الشهاده الأولیّه.

ویمکن استظهار سقوط الحدّ أو تأیید السقوط بصحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی رجل جاء به رجلان وقالا: إنّ هذا سرق درعاً، فجعل الرجل یناشده لما نظر فی البیّنه، وجعل یقول: واللّه لو کان رسول اللّه صلی الله علیه و آله ما قطع یدی أبداً، قال: ولِمَ؟ قال: یخبره ربّه أنی بریء فیبرأنی ببرائتی، فلمّا رأی مناشدته إیّاه دعا الشاهدین فقال: اتّقیا اللّه ولاتقطعوا ید الرجل ظلماً وناشدهما، ثمّ قال: لیقطع أحدکما ویمسک الآخریده الحدیث».(۱)

فإنّه ظاهرها سماع شهاده الشاهدین وثبوت السرقه بشهادتهما، فقوله علیه السلام بعده: «اتقیا ولا تقطعوا ید الرجل»، ظاهره أنّه لو أبدیابطلان شهادتهما ولو بخطائهما فی شهادتهما لم یجر علیه حدّ السرقه ولو بعد القضاء أی ثبوت السرقه.

ص :۵۷۹

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲:۳۴۵.

وفى نقض الحكم لما عدا ذلک من الحقوق، تردّد، أمّا لو حُكم وسلم فرجعوا والعين قائمه، فالأصحّ انّه لا ينقض ولاتستعاد العين، وفى النهايه: تردّه على صاحبها، والأوّل أظهر[١].

الخامسه: المشهود به إن كان قتلًا أو جرحاً فاستوفى ثمّ رجعوا فان قالوا تعمدّنا، اُقتصّ منهم[٢]، وان قالوا: أخطأنا كان عليهم الديه.

الشَرح:

[١] قد ظهر ممّا ذكرنا فى الحدود أنّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم فى موارد الدعاوى المخاصمات بعد صدور الحكم بميزانه وشمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غايه الأمر يكون على الراجع ضمان البدل للمشهود عليه، أخذاً له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان فى موارد الإقرار بعد الإقرار، ويقتضى ذلک معتبره السكونى المتقدمه، حيث مقتضاها انّ مع بقاء العين أيضاً يؤخذ الشاهد بشهادته.

كما يدلّ على ذلک مرسله جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا»(١)، فإنّ مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين وعدمه.

وما ورد فى بعض الروايات المتقدّمه انّ مع بقاء العين تردّ إلى صاحبها، فهى ناظره إلى صوره بطلان القضاء لكون الشهاده زوراً، وهو غير مسأله رجوع الشاهد عن شهادته كما لايخفى.

[٢] إن كان المشهود به موجباً للقصاص قتلًا أو جرحاً، أو كان موجباً للحدّ قتلًا أو رجماً فاستوفى القصاص أو الحد ثمّ رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ من الشهود، وإن قالوا: أخطأنا، فعليهم الديه فى أموالهم، حيث لم يقم دليل على

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث١:٢٣٨.

وان قال بعضهم تعمدّنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الديه[۱]، ولولیّ الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن ديه صاحبه، وله قتل البعض ويردّ الباقون قدر جنايتهم.

الشَرح:

كونها على العاقله فی رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد فی رجوع الشاهدين أنّ الديه من أموالهما، كما أنّ ظاهر غيرها كون التكليف باداء الديه متوجهاً إلى الشاهد.

وفی معتبره السكونی عن جعفر عن أبيه عن علیّ عليهم السلام فی رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما ديه اليد من أموالهما خاصّه».(۱)

وفی معتبره مسمع كردين عن أبی عبداللّه عليه السلام : «فيأربعه شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شككت فی شهادتی، قال: عليه الديه، قال: قلت: فإن قال: شهدت عليه متعمداً؟ قال: يقتل».(۲)

ثمّ إنّ كلّ ما ورد فی رجوع الشاهدين ظاهره قبول قوله فی كون شهادته التی رجع عنها بنحوالخطاء أو التعمد.

نعم ذكر فی الجواهر أنّه لو منع عن قبول قوله فی التعمّد والخطأ فهل يلزم بالديّه لأنّه لا يبطل دم امرء مسلم أو يتوقف حتی يعلم الحال و لو بموت الشاهد ونحوه لينتقل الأمر إلى الديه، الأقوی الأوّل، ويستفاد ما ذكره قدس سره من الاستدلال فی بعض ما ورد فی تعليل الديه فی بعض مواردثبوت القتل.

[۱] قد تقدم أنّ الشاهد فيما إذا رجع عن شهادته يقبل قوله فی أنّ شهادته السابقه كانت خطأً أو عمداً، وعليه فإن قال بعض الشهود: تعمّدت، وقال بعض الآخر:

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲:۲۴۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳:۲۴۰.

ولو قال أحد شـهود الزنا بعد رجم المشـهود عليه: تعمدّت، فان صدّقه الباقون[١] كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردّون ما فضـل عن ديّه المرجوم، وان شاءوا قتلوا واحداً، ويردّ الباقون تكمله ديته بالحصـص بعد وضع نصيب المقتول، وان شاء واقتلوا أكثر من واحد، ويردّ الأولياء ما فضل من ديه صاحبهم، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد نصيب المقتولين.

وأمّا لو لم يصدّقه الباقون [٢] لم يمض اقراره إلاّ على نفسه فحسب، وقال الشَرح:

أخطأت، فعلى المعترف بالتعمّـد القصاص وعلى المعترف بالخطأ الـديه، ولوليّ الـدم قتل المقرّين بالتعمد ودفع مايفضل عن ديه المرجوم على أولياء الشاهد المقتول بالقصاص، ويأخذ من المعترف بالخطأ مقدار ما عليه من الديه.

وإذا قال اثنان من شـهود الزنا: تعمّدنا، واثنان آخران: أخطأنا، واقتصّ وليّ المرجوم من المقرّين بالتعمّد، يدفع إلى أولياء كل من الشاهدين المقتولين بالقصاص ثلاثه أرباع ديته ويأخذ من المعترفين بالخطأ كل منهما بربع الديه.

[٢] المراد أنّ يقول الباقون: نعم تعمّدنا فى الشهاده.

[٣] المراد أن يقول الباقون: لا نرجع عن شـهادتنا، ففى هـذا الفرض يكون اقرار الشاهد الراجع عن شـهادته نافذاً فى حقه، لكونه إقراراً على نفسه فلولّى المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل ديته أو أخذ الديه منه بحسب نصيبه.

وذكر الشيخ قـدس سره فى النهـايه ان اقتصّ منه وليّ المرجوم يـدفع البـاقون من شـهود الزناثلاثه أرباع الـديه إلى ورثه الشاهد المقتول قصاصاً.

ولعلّه قـدس سره اعتمـد فيمـا ذكر مع كونه على خلاف القاعـده على روايه إبراهيم بن نعيم الأزدى قال: «سألت أباعبـداللّه عليه السلام عن أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع ويؤدى الثلاثه إلى أهله ثلاثه أرباع الديه».(١)

١- (١) الوسائل: ١٨ ، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ : ٢٤٠ .

فی النهایه: یقتل ویرد علیه الباقون ثلاثه أرباع الدیه، ولا وجه له، ولو شهدا بالعتق فحکم ثمّ رجعاضمنا القیمه[۱] تعمّداً أو خطاءً، لأنّهما أتلفاه بشهادتهما.

السادسه: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نُقض الحکم[۲] واُستعید المال، وإن

الشَرح:

وفیه: مع عدم ثبوت توثیق لإبراهیم بن نعیم الأزدی یحمل علی دعوی الثلاثه الخطأ فی رجوعهم، کما یحمل قتل الراجع بصوره اقراره بالتعمّد، بقرینه ما استفدنا من الروایات المتقدمه انّ وجه الضمان اتلاف الشاهد، فإن کان مع التعمد یثبت القصاص وفی غیره الدیه.

بقی أمر، وهو أنّه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فاتّفق موته بالجلد، ثمّ رجع بعضهم وقال: تعمّدت، تثبت الدیه بمقدار شهادته، حیث إنّ الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجبه، وأمّا الشهاده بما لایوجبه ویقع الموت معه اتفاقاً، فیبقی التعمّد فیه فی الاتلاف خطأً.

[۱] إذا شهدا بأنّ مولاه قد أعتقه، فحکم بحصول العتق، ثمّ رجعا عن شهادتهما لم یبطل الحکم، لما تقدم من أنّ الرجوع عن الشهاده بعد الحکم لا ینقض الحکم، وبما أنّ رجوعهما اعتراف باتلافهما العبد علی مولاه ضمنا له قیمته، والقیمه فی القیمیّات وقت الإتلاف وهو حصول الحکم من الحاکم.

والقول بعود العبد إلی الرق فیردّ علی مولاه، کما عن بعض العامه، بلا وجه، حتی فیما إذا اعترفا بالتعمّد فإنّ الاتلاف الموجب للضمان لا یفرق فیه بین التعمد وغیره.

[۲] المراد بشهاده الزور الشهاده الباطله، وإذا علم الحاکم بطلان الشهاده المزبوره علماً وجدانیاً ولو بالقرائن نقض حکمه، حیث تبین أنّه لم یکن علی موازین القضاء،

تعذّر غُرّم الشهود، ولو كان قتلًا ثبت عليهم القصاص وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالعمد، ولو باشر الوليّ القصاص واعترف بالتزويرلم يضمن الشهود وكان القصاص على الولى.

الشَرح:

وإنّه لم تكن أقوال الشهود بيّنه.

وهذا النقض نظير ما تقدم سابقاً من ظهور حال الشهود وإنّهم كانوا عند اداء الشهاده فسّاقاً، وهذا غير قيام البيّنه بأنّهم كانوا عند شهادتهم بشاهدى الزور، فإنّ هذه البيّنه مع الحكم لاتسمع.

كما أنّ هذه المسأله غير مسأله رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم.

وفى صحيحه جميل عن أبى عبدالله عليه السلام فى شاهد الزور قال: «إن كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من الرجل»(۱)، وقريب منها صحيحته الأُخرى».(۲)

ولو كان المشهود به قتلًا ثبت عليهم القصاص، ويدلّ عليه ما ورد فى رجوع الشهود وانّهم إذا أقرّوا بالعمد قتلوا، حيث إنّ تبيّن كون شهادتهم زوراً لا يقصر عن مسأله اقرارهم.

نعم لو باشر الولى القصاص واعترف بالتزوير وعلمه ببطلان شهاده الشهود يكون الضمان عليه ويقتصّ منه، لأنّه المباشر فى القتل، ويدخل فى الموارد التى يكون المباشر فيها أقوى فى نسبه القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن فى اثباته القصاص على الولى مع اعترافه بالتزوير.

ص :۵۸۴

الرجوع عن الشهاده على الطلاق

السابعه: إذا شـهدا بالطلاق ثمّ رجعا، فان كان بعد الدخول لم يضـمنا[١]، وان كان قبل الدخول ضـمنا نصف المهر المسمّى[٢]، لأنّهما لا يضمنان إلّا مادفعه

الشَرح:

وقد يقال بأنّه مع رجوع الشـهود يكون الولى شـريكاً فى القتل ويثبت القصاص أو الديه على الجميع ويلزم على ذلك مع اعترافه وحده بالخطأ ان يكون عليه ربع الديه.

وبـالجمله: الكلام فى المقـام، فى أنّ القتل بعنوان القصاص أو الحـدّ مسـتند إلى الولى المباشـر خاصّه والشـهود نظير الممسـك للقاتل، أو أنّ استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد.

[١] والوجه فى ذلك أنّهما لم يفوّتا على الزوج شيئاً من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

ربّما يخطر بالبال أنّهما اتلفا على زوجها بضـعها فيما لم يكن المشهود به طلاقاً رجعياً، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعى الذى انقضت فى زمن أدائهما الشـهاده عدتها، ولكن البضع لا يضـمن، ولذا لا تضمن المرأه لزوجها بقتلها نفسها، وكذا لا يضمن الغير لزوج المرأه بقتلها.

وذكر فى كشف اللثام انّه لو صـحّ ضـمان البضع لزم أن لا ينفـذ طلاق الزوج المريض إلّا من الثلث وإن لا ينفـذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

ولكن لا ـ يخفى مافيه، فإنّه لو فرض بأنّ الطلاق اتلاف البضع و البضع يضـمن، فهو بالاضافه إلى زوجها لابالاضافه إلى الورثه أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع احاطه دينه تركته، وكذا فى طلاق المريض.

نعم فى طلاـق المريض بالاضـافه إلى إرث زوجته تفصـيل مـذكور فى كتـاب الطلاـق و لاـيرجع إلى مسأله تفويت البضع، هـذا بالاضافه إلى الشهاده على الزوج المطلّق بطلاقه بعد دخوله.

[٢] وأمّا إذا كانت الشهاده بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين

المشهود علیه بسبب الشهاده.

الشَرح:

برجوعهما بعد الحکم بالطلاق یضمنان للزوج نصف المهر، وهذا منسوب إلی المشهور، ولکن لا-یمکن المساعده علیه، بل الشاهدان کفرض الدخول لایضمنان شیئاً، فإنّهما لم یتلفا علی زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر علی الزوج بمجرّد العقد یعنی النکاح، وإنّما الطلاق یوجب سقوط النصف الآخر عن ذمه الزوج أو خروجه عن ملک المرأه.

نعم، فی المقام فروض أُخری:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأه زوراً فاعتدّت المرأه و تزوجت زوجاً آخر استناداً إلی شهادتهما وکان الزوج غائباً فجاء وأنکر الطلاق، فیفرّق بین المرأه ومن تزوجت نفسها منه أخیراً، وتعتدّ منه عدّه وطأ الشبهه، ویضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخیر ویضربان حدّ شهاده الزور، وقد ورد فی موثقه سماعه و غیرها: انّ شهود الزور یجلدون حدّاً لیس فیه وقت أی عدد معین(۱)، ویعبّر عنه بالتعزیر ویلزم علی ذلک حرمتها للأخیر مؤبداً.

ویشهد لما ذکر صحیحه ابراهیم بن عبد الحمید عن أبی عبداللّه علیه السلام فی شاهدین شهدا علی امرأه بأنّ زوجها طلّقها، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها فأنکر الطلاق قال: «یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتد، ثمّ ترجع إلی زوجها الأوّل».(۲) وظاهر الحد حدّ شهاده الزور.

وبالجمله: فذکر الحدّ فی الصحیحه قرینه جلیّه علی وقوع الطلاق بشهاده الزور أو اعتراف الشاهدین بأنّهما قد شهدا بالطلاق زوراً فی کلتا الصورتین.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱و۲: ۲۴۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۴۱.

....

الشَرح:

ومنها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلّقها وتزوّجت بعد عدّتها بآخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق وكذّب أحد الشاهدين نفسه، وفى هذا الفرض أيضاً يحكم ببطلان الزواج الثانى وضمان الشاهد الذى كذّب نفسه المهر.

ويشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها، فاعتدّت المرأه وتزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلّقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد و رجع، فيردّ على الأخير ويفرّق بينهما وتعتدّ من الأخير ولا يقر بها الأوّل حتى تنقضى عدّتها».(۱)

وما قيل من أنّ الدخول من الثانى يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمان الشاهدين الراجعين أو الشاهد الذى كذّب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد فى مقابل النص، وقد ثبت الضمان على الغير فى بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال انّ الحكم ممّا لاينبغى التأمّل فيه فى مورد شهاده الزور، وأمّا عمومه فيما إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما وقالا: تعمّدنا، أو قال أحدهما: تعمّدت، فهذا لا يوجب بطلان الشهاده الأُولى وعدم ثبوت الطلاق، خصوصاً فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد صحيحه محمد بن مسلم.

ولكن لا يمكن المساعده عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم فى صوره الشهاده على الغائب بطلاق زوجته كذلك، بلا فرق بين ظهور شهاده الزور فى الشهاده بالطلاق أو اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زوراً، وحتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتماداً على الشهاده المزبوره.

۱- (۱) المصدر نفسه: الحديث ۳: ۲۴۲.

....

الشَرح:

ولاـ يجرى هـذا فيمـا إذا كـان شـهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، ولكن كان رجوع الشاهـدين أو احـدهما بـدعوى الخطأ والتشكيك فى تلك الشهاده، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

أللّهمّ إلاّـ أن يقـال: إنّه لم يفرض فى الصـحيحتين حكم الحاكم بوقوع الطلاق و رفع اليـد عن نفوذه فى صوره اعترافهما بالتعمد فى شهادتهما كذباً، فضلاً عن اعتراف أحدهما بلا موجب، وهذا غير بعيد، واللّه العالم.

ومنها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدّت ثمّ تزوجت فجاءها زوجها، و فى هذه الصوره يحكم ببطلان الزواج الثانى بل حرمتها عليه مؤبّداً.

وفى صحيحه أبى بصير فى امرأه شهد عندها شاهدان بأنّ زوجها مات، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها الأوّل قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها بما غرّا الرجل، ثمّ تعتد، وترجع إلى زوجها الأوّل».(۱)

ولا يفرق فى هـذه الصوره حكم الحاكم وعـدمه لبطلان الحكم بظهور حياه الزوج، وضـرب الحـدّ قرينه واضـحه على أنّها ناظره إلى صوره وقوع الشـهاده زوراً وعمداً، فلا يسـتظهر الضـمان فى صوره دعوى الاشتباه والخطأ، خصوصاً بملاحظه التعبير فيها عن الضمان بما غرّا الرجل، وأن يقال إنّ هذا التعبير فى نسخه.

ص :۵۸۸

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۲.

فی ضمان الشهود إذا رجعوا

فروع:

الأوّل: إذا رجعا معاً ضمنا بالسویه، وان رجع أحدهما ضمن النصف[۱]، ولو ثبت

الشَرح:

[۱] الوجه فی ذلک، أنّه یستفاد ممّا ورد فی شاهد الزور انّ شهادته تسبیب فی اتلاف المال بحسب شهادته، و تقدم أیضاً عدم الفرق فی التسبیب للاتلاف بین شهاده الزور وبین الرجوع بعد الحکم، وذکرنا أنّه یمکن استفاده الضمان بالرجوع بعد الحکم من معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام انّ النبی صلی الله علیه و آله قال: «من شهد عندنا ثمّ غیّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخیر»(۱)، حیث إنّ ظاهر أخذ الشاهد بالشهاده الأولی مع تغییره إیّاها بعد الحکم تضمینه.

وعلی ذلک، فلو کان الثابت بشهاده رجلین ورجعا فعلی کلّ واحد النصف، وإن رجع أحدهما دون الآخر فعلی الراجع النصف دون الزائد، ولو کان بشهاده رجل وامرأتین و رجع الرجل فعلیه النصف وإن رجعت إحداهما فعلیها الربع.

وهذا کلّه فیما إذا ثبت المال بالشهاده، وأمّا إذا ثبت بشهاده رجل ویمین المدعی، أو بشهاده امرأتین مع یمینه، فقد یقال فی الفرض الأوّل: إن رجع الرجل فعلیه النصف، وفی الفرض الثانی: إن رجعت المرأتان فعلیهما النصف، وإن رجعت احداهما فعلیها الربع، لأنّ ثبوت المال واتلافه مستند إلی حلف المدّعی وشهاده الرجل، أو إلی حلفه وشهاده المرأتین الّتی تقوم شهادتهما مقام شهاده رجل.

وقد یقال بعدم التقسیط علی الحلف، بل یکون تمام الضمان علی الرجل فی الأوّل وعلی المرأتین فی الثانی، حیث إنّ المال یثبت بشهادته أو شهادتهما ویمین المدعی شرط فی قبول شهادته أو فی قبول شهادتهما.

ولکن ظاهر ما ورد فی ثبوت الدعوی بشاهد ویمین کون ثبوتها بهما معاً، وعلیه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴: ۲۳۹.

بشاهد وامرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف وضمنت كل واحده الربع، ولوكان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس[١]، وفيه تردّد.

الشَرح:

فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف.

وأمّا إذا رجع المدّعى فى حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال ولو بحسب الظاهر يعنى الحكم الظاهرى فيضمن المال، بل عليه ردّ العين إلى المدّعى عليه أخذاً باقراره، ولا أثر لرجوع الشاهد فى الفرض كما لا يخفى، لأنّ مع اعتراف المدّعى بعدم استحقاقه المال لا تكون شهاده الشاهد اتلافاً رجع أم لا، ولذا يقال: كل مقام يرجع المدعى فيه يختصّ بضمان ما استوفاه ولاغرم على الشاهد.

[١] ضمان السدس مبنى على الالتزام بأمرين:

الأوّل: أنّ شهاده كل امرأتين تساوى شهاده رجل واحد فيما يقبل شهاده النساء منضمّه إلى الرجل وكنّ النساء أزيد من العدد المعتبر فى قبول شهادتهن مع الرجل، وفى مقابل ذلك من يلتزم بأنّ شهاده مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوى شهاده رجل واحد.

الثانى: أن يلتزم مع كون الشهاده أزيد من العدد اللازم فى ثبوت المشهود به، بأنّ الغرم يقسّط على الجميع بحساب شهادتهم، لأنّ الحكم يثبت بشهاده الجميع، وفى مقابل ذلك القول بأنّه لايثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبراً فى ثبوت المشهود به، فلعدم دخاله شهادته فى ثبوته لايغرم مع رجوعه.

وإذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشره نسوه إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهودبه، وإن يثبت على كلّ امرأه ترجع فى شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، وبما أنّ الأمرين كل منهما مورد المناقشه كما نذكر فى الفرع الثانى تردّد فى الغرم بالسدس.

الثانی: لو کان الشهود ثلاثه، ضمن کل واحد منهم الثلث، ولو رجع واحد منفرداً، وربّما خَطَر انّه لا یضمن لأنّ فی الباقین ثبوت الحق [۱]، ولایضمن الشاهد مایحکم به الشَرح:

[۱]قد یقال کما عن الشیخ وجماعه انّ الشهاده إذا کانت بأکثر ممّایعتبر فی ثبوت المشهود به، فعلی الراجع بعد الحکم الغرم بحسب شهادته فی الواقعه، فلو کان ثبوت المال بشهاده ثلاثه رجال فرجع أحدهم بعد الحکم فیضمن ثلث المال، ویستدلّ علی ذلک بوجهین:

الأوّل: إنّ الشهاده الزائده وإن لم تکن معتبره فی الحکم بثبوت المشهود به إلّا أنّ الحکم بثبوته فعلًا مستند إلی شهاده الجمیع، وعلیه فمن رجع فعلیه الغرم بحسب شهادته.

وفیه: انّ الحکم وإن صدر بعد شهاده الجمیع، إلّا أنّ شهاده الزائده غیر دخیله فی ثبوته، فالراجع عن شهادته مع کون شهادته زائده علی النصاب لم یتلف علی المشهود علیه شیئاً.

الثانی: الاستدلال بصحیحه محمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی شاهد الزور ماتوبته؟ قال: «یؤدی من المال الّذی شهد علیه بقدر ما ذهب من ماله، إن کان النصف أو الثلث إن کان شهد هذا وآخر معه»(۱)، حیث قیل: ولو لم یکن التقسیط بحسب شهاده الشهود أجمع لم یکن فی البین التقسیط بالثلث، فإنّه لا یعتبر فی ثبوت المال شهاده ثلاثه رجال.

وفیه: انّه لاـ دلاله للصحیحه علی التقسیط، فإنّ موردها شهاده الزور، وفی مورد شهاده الزور یکون اتلاف المال علی المشهود علیه مع عدم بقائه مستنداً إلی شهاده الإثنین، وبما أنّه لا یتعین للاثنین یقسّط الغرم علی الجمیع، ونظیره ما إذا رجع

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۳۹.

بشـهاده غيره للمشهود له، والأوّل اختيار الشيخ رحمه اللّه ، وكذا لو شهد رجل وعشر نسوه فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كلّ واحده نصف السدس لاشتراكهم فى نقل المال، والإشكال فيه كما فى الأوّل[۱].

الشَرح:

الشهود الثلاثه عن شهادتهم بعد الحكم، فإنّ الغرم على الإثنين منهم، ولكن بما أنّه لامعيّن للاثنين يقسّط الغرم على الجميع.

ويـترتب على ذلـک أنّه لـو رجع اثنـان منهم بعـد الحكم فيغرم الراجعـان نصف المـال، لأنّ شـهاده رجلين هو الموجب للحكم وأحدهما لم يرجع و رجع الآخر، وبما أنّه لامعين لذلک الآخر فيغرمان النصف المزبور.

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشه فى دلاله الصحيحه، بأنّه لو كان ضمان الثلث من هذه الجهه لكان على الإمام عليه السلام أن يحكم بضـمان شاهـدى الزور اللذين شـهدا أوّلًا، لا الحكم بضـمان الثلث مطلقاً حتى فى صوره العلم، بأنّ أى من الشـهود شـهد أخيراً، وعليه يقوّى الحكم بالتقسيط بحسب شهاده الشهود. وبهذا يظهر الحال فى باقى الفروض.

وبالجمله: تحديـد البينه بشاهدى العدل إنّما هو بالاضافه إلى الأقل، نظير تحديد أقلّ الجمع بثلاثه والزائد على شاهدى العدل مع وجوده يـدخل فى البيّنه، كما يدلّ على ذلک ما ورد فى تعارض البينتين فى بعض الموارد من تقديم بينه يكثر أفرادها على البينه الأُخرى.

[۱] قـد تقدم أنّ فى ضـمان الرجل السدس وفى ضـمان كل امرأه نصف السدس اشـكالاً آخر غير اشـكال التقسـيط، وهو بما أنّه يعتبر فى سـماع شـهادتهن انضمام الرجل فيثبت بشهاده الرجل نصف المال ويقسّط نصفه الآخر على شهادتهن بناءً على التقسيط، فيكون على كلّ إمرأه ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

ص :۵۹۲

الثالث: لو حكم، فقامت البيّنه بالجرح مطلقاً، لم ينقض الحكم[۱]، لاحتمال التجدّد بعد الحكم، ولو تعيّن الوقت و هو متقدّم على الشهاده نقض، ولوكان بعد الشهاده وقبل الحكم لم ينقض.

الشَرح:

وبالجمله: فلم تنزل شهاده الرجل منزل شهاده المرأتين فما زاد ليكون عليه سدس المال، بل المرأتين فما زاد نزلت شهادتهما منزله شهاده رجل واحد.

[۱] مراده قدس سره إذا قامت بينه بفسق الشاهدين اللذين صدر الحكم بشهادتهما وكانت البينه القائمه بعد الحكم مطلقه، يعنى لم يعين أنّهما كانا فاسقين عند شهادتهما لم ينقض الحكم، لإحتمال حدوث فسقهما بعد الحكم، فلم يظهر الخلل فى ميزان الحكم الصادر.

وكذا الحال فيما عيّنا فسقهما بعد اداء شهادتهما وقبل الحكم، لماتقدم من أنّ طريان الفسق على الشاهد بعد اداء شهادته لا يضرّ بالحكم، حيث إنّ المعتبر عداله الشاهد عند اداء شهادته.

نعم، إذا شهدت البينه بفسقهما حال اداء شهادتهما أو فسق أحدهما فى تلك الحال نقض الحكم، لقيام البينه بأنّ الحكم لم يكن بميزان القضاء.

ودعوى انّ الميزان فى القضاء عداله شاهدى البينه عند اداء الشهاده واقعاً أو ظاهراً ولا يعتبر خصوص العدل الواقعى، فلا يكون قيام البينه بفسقهما حال ادائهما الشهاده مضراً بصحّه الحكم الصادر لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الاكتفاء بالعدل الظاهرى نظير الاكتفاء باحراز الشرط بالحكم الظاهرى فى سائر الموارد، ولا يسقط فى تلك الموارد واقع الشىء عن الشرطيه كما هو الحال فى المقام أيضاً، فإنّه مقتضى الخطابات الوارده فى عدم قبول شهاده الفاسق وشارب الخمر أو غيره.

ودعوى أنّ الظفر بالبيّنه بعد الحكم لايوجب نقض الحكم، فكيف يكون الظفر

وإذا نقض الحكم فإن كان قتلاً۔ أو جرحاً فلا قَوَد[١]، والديه فى بيت المال، ولو كان المباشر للقصاص هوالولى، ففى ضمانه تردّد، والأشبه أنّه لا يضمن، مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الديه.

الشَرح:

بالبيّنه الجارحه موجباً له لا يمكن المساعده عليها، فإنّ البيّنه التيلايفيد الظفر بها بعد الحكم هى بينه المدعى بدعواه، فإنّه إذا لم يقم البينه وطالب الخصم باليمين وحلف على نفى دعواه فلا۔ يفيده الظفر بها بعد الحكم، كما تقدم فى بحث القضاء، وتقدم أيضاً عدم جواز نقضه فيما إذا تبدل رأى القاضى واجتهاده، فإنّه لا يجوز له ولا لقاضٍ آخر نقض الحكم الصادر من قبل.

[١] ثمّ إنّه إذا نقض الحكم عند تبيّن فسق الشهود أو قيام البينه الجارحه وقد استوفى الحكم، فإن كان الاستيفاء بالقتل والجرح والقطع، سواء كان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء كان المستوفى هو الحاكم أم غيره، وسواء كان الغير ممّن وكّله الحاكم أم الولّى أو من وكّله الولّى، حيث إنّ القصاص والقود يثبت على من جنى عمداً و ظلماً، والمفروض عدم تحقق ذلك.

نعم، إذا كان القطع أو القتل فى الحد يثبت الديه على بيت المال، وكذلك القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم واذنه كما إذا كان ولىّ الدم أو المجنى عليه قاصراً، وذلك فإنّ بيت المال معدّ لمصالح المسلمين والديه فى المقام منها، حيث لايمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكّله، فإنّ ذلك ينجرّ إلى سدّ اجراء الحدّ وترك الحكم بالشهاده أو استيفاء الحقوق.

مضافاً إلى ما ورد فى روايه الأصبغ بن نباته قال: قال:أميرالمؤمنين عليه السلام : «إن ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين».(١) ونحوها ما رواه

١- (١) الوسائل :١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١:١۶۵.

أمّا لو كان مالاً فإنّه يُستعاد إن كانت العين باقيه، وان كانت تالفه فعلى المشهود له، لأنّه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، ولو كان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر، وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له، بتلف المال فی يده، فلاوجه لضمان الحاكم.

الشَرح:

الكلينی فی الموثق عن أبی مريم عن أبی جعفر عليه السلام قال «قضی أمير المؤمنين ان ما اخطأت به القضاه فی دم او قطع فعلی بيت مال المسلمين».(۱)

وأمّا إذا كان قصاصاً استوفاه الولی، فعن الماتن قدس سره إن كان استيفاء الولی باذن الحاكم فعلی بيت المال وإلاّ كان فی ماله.

ولكن الأظهر عدم الفرق بين إذن الحاكم وعدمه، حيث وظيفه الحاكم الحكم بثبوت القصاص للولی واستيفاءه أو العفو عنه أو المصالحه بالديه، فهذا كلّه للولیّ، وإذا اختار القصاص وانكشف الخطأ فلا موجب لضمان غيره، بل ما دل علی أنّ علی الجانی خطأ الديه يعم الولی.

وبالجمله: إذن الحاكم فی الاستيفاء غير شرط فی القصاص وأمره موكول إلی الولی، فلا موجب لضمان الحاكم و لو بمعنی اعطاء الديه من بيت المال.

لايقال: عموم ما دلّ علی ما أخطأت القضاه فی دم أو قطع فعلی بيت مال المسلمين يشمل صوره استيفاء الولی أو وكيله.

فإنّه يقال: مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذكر القطع وعدم ذكر الجرح قرينه علی اختصاصه بالحد، إنّ الروايتين لضعف سندهما تأييد لما ذكرناه.

من القرينه علی عدم ضمان الحاكم أو وكيله والمقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه ومما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوی انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب،

۱- (۱) الوسائل ۱۹ الباب ۷ من ابواب دعوی القتل الحديث ۱ ص ۱۱۱.

مسائل:

الأولی: إذا شهد اثنان انّ المیت أعتق أحد ممالیکه وقیمتُه الثلث، وشهد آخران أوالورثه أنّ العتق لغیره وقیمته الثلث، فان قلنا: المنجزات من الأصل، عُتقا[۱]، وان قلنا: تخرج من الثلث ، فقد اُعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صحّ عتقه، وبطل الآخر، وان جهل استخرج بالقرعه، ولو اتفق عتقهما فی حاله واحده، قال الشیخ: یقرع بینهما ویعتق المقروع، ولو اختلفت قیمتهما، اعتق المقروع، فإن کان بقدر الثلث صحّ وبطل الآخر، وإن کان أزید صحّ العتق منه فی القدر الذی یحتمله الثلث، وان نقص أکملنا الثلث من الآخر.

الشَرح:

والوجه فی عدم المجال أنّ عملهم لعلّه کان بتلک القرینه.

وأما لو کان المشهود به مالاً فمع بقاءه تستعاد العین ومع تلفه فی ید المشهود له یکون علیه ضمانه حیث تلف مال الغیر بیده.

نعم، لو جرت ید القاضی أو وکیله علی المال فلا یبعد جواز رجوع المشهود علیه علی القاضی، ویکون ضمانه علی بیت المال وبعد ادائه یرجع إلی من تلف المال بیده لاستقرار الضمان علیه، علی ما ذکر فی قاعده تعاقب الأیدی علی مال الغیر، فإنّ الضمان وإن کان علی کلّ من جرت یده علی العین إلاّ أنّ استقراره علی من تلفت فی یده.

[۱] هذا فیما إذا احتمل عتق کل منهما، ومع العلم بأنّه لم یعتق إلاّ أحدهما فیقرع فی المعتق، کما یستفاد ذلک من بعض ما ورد فی اختلاف البیّنتین وما إذا تردّد المعتق بین المتعدّد.

وکذلک الحال فیما لو قیل بأنّ منجزات المریض من الثلث فإنّه بناءً علیه یرجع فی تعیین المعتق إلی القرعه، مع عدم احراز تقدم عتق أحدهما، وإلاّ صحّ عتقه وبطل عتق الآخر، ولو اعتقهما معاً فلا یبعد الحکم بصحه العتق فی بعض کل منهما بحساب ثلثه ثلث المولی المعتق.

الثانيه: إذا شهد شاهدان بالوصيه لزيد، وشهد من ورثته عدلان انّه رجع عن ذلك وأوصى لخالد، قال الشيخ: يقبل شهاده الرجوع[١]، لأنّهما لا يجرّان نفعاً، وفيه إشكال، من حيث إنّ المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى.

الثالثه: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصيه، وشهد شاهد بالرجوع وأنّه أوصى لعمرو كان لعمرو أن يحلف مع شاهده[٢]، لأنّها شهاده منفرده لا تعارض الأُولى.

الشَرح:

[١] لو كان الموصى به عيناً فى يد غير الوارث فشهاده الورثه برجوع الموصى عن وصيته و وصيته تلك العين لخالد مسموعه كشهاده غيرهم، ولاـ تكون الورثه فى الفرض، المدعى عليه بالاضافه إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصى ومن بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالاضافه إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لاتسمع.

وكذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعاً فى التركه التى بيد الورثه كلاًّ وبعضاً، وقد تقدم اعتبار الشاهد فى ثبوت الدعوى وكونه من غير أطراف المخاصمه.

[٢] إذا شهد اثنان بأنّ الموصى أوصى العين لزيد وشهد عدل آخر أنّه قد رجع عن تلك الوصيّه وأوصاها ثانياً لعمرو، يجوز لعمرو أن يحلف مع ذلك الشاهد العدل على أنّه رجع عن وصيته وأوصى العين له.

وما ذكرنا سابقاً من أنّ الشاهد العادل وحلف المدعى لا يفيد شيئاً فى مقابل البيّنه لا يجرى فى المقام، فإنّ ما ذكرناه يختصّ بصوره تعارض البيّنه مع شاهد عدل ويمين المدعى، وفى المقام لا تعارض بينهما، حيث إنّ ما شهدت به البيّنه لزيد وصيه العين له، وهذا لا ينافى رجوع الموصى عن تلك الوصيه و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر.

فى تحالف البيّنتين لمن اوصى

ص :۵۹۷

الرابعه: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران انّه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل [١] لعدم التعيين، فهى كما لو شهد بدار لزيد أو لعمرو.

الشَرح:

وبما أنّ دعوى المال تسمع وتثبت بشهاده عدل مع يمين المدعى، فإن حلف عمرو يحكم بأنّ العين له حيث يثبت الرجوع، وإلاّ يحكم ببقاء الوصيه الأُولى وإنّ العين لزيد ولكن قد تقدم فى بحث القضاء إنّ مثل هذا الحكم حكم ظاهرى لا قضاءً.

[١] الظاهر انّ الشيخ قدّس سرّه يعتبر فى سماع البيّنه تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا تعيين لا يثبت بالبينه كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدّعى أنّه إمّا يطالب زيداً بكذا أو عمرواً، أو يقول إنّه يطالب زيداً بالدار الفلانى أو بالمال على عهدته.

وبتعبير آخر لا تسمع البيّنه مع عدم تعيين المشهود عليه ولا مع عدم تعيين المشهود به.

وقد يقال: إنّه لا يعتبر التعيين، غايه الأمر يرجع فى تعيين المشهود به إلى القرعه، أخذاً بما دلّ اعتبارها فى إخراج الحق والمحقّ، واحتمل الرجوع إلى القسمه بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها.

أقول: إن كان المراد تعيين الوصيه المرجوع فيها فى مقام القضاء لايكون بالبينه المزبوره، كما إذا ادعى الورثه على الوصى أو الموصى له، بأن الموصى قد رجع فى الوصيّه الفلانيّه، ولكن شهدت بيّنتهم برجوعه فى إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثه، فلا يثبت بها دعوى الورثه ولا بالقرعه المنضمه إليها، لأنّ الدعوى تثبت بالبيّنه والمفروض أنّها لم تقم بها والقرعه لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

وإن كان المراد أنّ البيّنه المزبوره غير معتبره فى مقام تعيين الوظيفه على الوصى أو الورثه، فهو غير صحيح، لأنّه بعد ثبوت رجوع الموصى عن إحدى الوصيتين يؤخذ

الخامسه: إذا ادعى العبد العتق[١] وأقام بيّنه تفتقر إلى البحث ولو سأل التفريق حتى تثبت التزكيه، قال فى المبسوط: يفرّق، وكذا قال لو أقام مدّعى المال شاهداً واحداً، وادّعى أنّه له آخر، وسأل حبس الغريم، لأنّه متمكّن من اثبات حقّه باليمين، وفى الكل إشكال، لأنّه تعجيل العقوبه قبل ثبوت الدعوى.

الشَرح:

بالقرعه فى تعيينهما، كما إذا صرّح الموصى برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذاً بالاطلاق الوارد فى بعض رواياتها كما تقدم سابقاً.

وأمّا الرجوع إلى القسمه فلا دليل عليه فى المقام بدعوى قاعده العدل والانصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصى له بين شخصين، فإنّ تلك القاعده لم تثبت بعنوان القاعده، نعم ورد القسمه فى بعض صغرياتها كتلف الوديعه ونحوها، والتقسيط فى مورد الوصيّه فيما إذا كانت الوصايا متعدده وقصر الثلث عن الوفاء بها فى غير الموارد التى تثبت فيها تقديم بعضها.

[١] المراد أنّه إذا ادّعى العبد عتقه وأقام شاهدان على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تزكيتهما وسأل العبد القاضى أن يفرّق بينه وبين مولاه حتى تثبت تزكيه شاهديه.

قال الشيخ قدّس سرّه يفرّق، وذكر فى المسالك فى وجه وجوب الإجابه بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته والتزكيه تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العداله حتى يثبت الجرح، ولأنّ مدعى العتق ربّما تكون أمه فعدم التفريق بينها وبين مولاها ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدّم إلى مواقعتها أو إلى غيرها.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهاده يحتاج إلى تزكيه الشاهدين ولم تثبت وانّ الأصل العداله لا أساس له.

وبالجمله: سؤال التفريق فى الفرع كسؤال الحبس فى الفرع الثانى، وهو ما إذا أقام

....

الشَرح:

المـدّعى شاهـداً على دعوى المال على الغير وادّعى أنّه له شاهداً آخر وسأل الحاكم حبس غريمه، فانّه قيل بوجوب الإجابه على الحـاكم، لأنّ المـدّعى يتمكن على إثبـات دعواه بضمّ يمينه إلى شاهـده، ولكن القول المزبور غير صـحيح، لأنّه من العقوبه قبل ثبوت الدعوى.

نعم، يجوز فى بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، وهذا أمر آخر وبعنوان آخر كما تقدم فى بحث القضاء

ثمّ إنّه قد ألحق بالمسائل المتقدمه مسائل أُخرى.

وذكر فى السادسه منها:

انّ المصرّح به فى كلام العلّامه وبعض آخر عدم الفرق فى الضمان بين شهود الدعوى وشهود التزكيه، فلو زكّى اثنان شهود الزنا وكان تزكيتهما بنحو التعمّد بالكذب، وعلم ذلك بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكيين، نعم لا يقتص منهما بل يؤخذ منهما الديه لأنّ الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب فى شهادته به.

وبـالجمله: القصاص فى مورد كـذب الشاهـد فى شـهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعمّد فى شـهادته به من غير علم، وهـذا لا يجرى فى شاهدى التزكيه لاحتمالهما صدق شـهود الزنا وإنّما كذبا فى شـهادتهما بتزكيه الشهود والحكم بضمانهما الديه لبعض ما ورد فى ضـمان الـديه من أنّه لا يـذهب دم المسـلم هـدراً، ولو فرض فى مورد علمهما بكـذب شـهود الزنا فى شـهادتهم على المشـهود عليه فلا يبعد ثبوت القصاص فى شـهادتهما بتزكيه شـهود الزنا كذباً لاسـتناد القتل إلى تعمّدهما فى شهادتهما بالتزكيه زوراً.

....

الشَرح:

ثمّ هل يؤخذ من المزكيين مع ظهور كذبهما فى التزكيه أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الديه أو نصفها، فقد يقال يأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى شهود الزنا وشاهدى التزكيه فشهادتهما معاً كشهاده رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهاده رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكروه فيما ثبت بشهاده رجل وعشره نسوه من التقسيط المتقدم أن يكون الديه الثابت على المزكيين ثلثاً لا نصفاً، لأنّ قتل المشهود عليه لشهاده سته أربعه بالزنا واثنان بعدالتهم، اللّهم إلاّ أن يقال باختلاف المشهود به فى المقام دون ما تقدم.

وكيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكيه فى شهادتهم بتزكيه الشهود ولم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكيه بل ظهر فسق شاهدى التزكيه فالضمان على بيت المال كما تقدم فى فرض ظهور فسق شهود الواقعه.

المسأله السابعه:

لو شهد أربعه بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمّد وإن قالا أخطأنا تؤخذ منهم الديه على نحو التقسيط الآتى، وإن اقتصّ منهما يردّ على وليّهما بقدر نصيب شهود الزنا من الديه كما أنّه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمدنا، اقتصّ منهم ويردّ على وليّهم بقدر ما على شاهدى الإحصان على تقدير رجوعهما وقولهما: أخطأنا.

ولو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصاً أو ديةً لاشتراكهم فى التسبيب إلى القتل على قرار ما تقدم فى شاهدى التزكيه من التسبيب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسويه، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدى الإحصان بالنصف وعلى شهود الزنا بالنصف الآخر.

....

الشَرح:

وعلى ذلك فلو كان اثنان من شـهود الزنا شاهدى الإحصان فرجع كلّهم يكون الضـمان على شـهود الاحصان بثلاثه أرباع الديّه، على القول بـالنصف ربعـان لشـهادتهما بالاحصـان والربع لشـهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شـهادتهما بالاحصان والزنا كما هو الفرض، ويكون على الشاهـدين الآخرين ربع الـديه، وعلى القول بالتسويه يكون على شاهـدى الرجوع ثلثا الـديه وعلى الآخرين من شهود الزنا ثلثها الباقى لأنّ القتل كأنّه وقع بفعل سته أشخاص.

ويحتمـل أن يكون لكـل من الشـهود الأـربعه ربع الـديه، لأـنّ الجنايه من شـهود الإحصان وإن تعـدّد إلاّ أنّ الـديه لا تقسّط على الجنايه بل على الرؤوس، كما إذا قتلا شخصاً أحدهما ضربه ضربتين والآخر ضربه واحده فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسأله الثامنه:

إذا رجع المعرفان عن الشـهاده بعـد حكم الحاكم، كما إذا شـهد أعميان عنـد الحاكم بأنّ زيـد بن خالـد اقترض من عمرو كـذا، وشهد المعرفان بأنّ زيد بن خالد المدّعى عليه هو الذى أحضره المدّعى، ثمّ رجعا عن شهادتهما وقالا: شككنا فى المشهود عليه فى شهاده الأعميين هل هو هذا أو غيره، غرّما المال المأخوذ من المدعّى عليه الحاضر، فهل يضمنان نصفه أو تمامه.

ووجه ضـمان النصف أنّ المال المأخوذ من الحاضـر بشـهاده الشاهدين والمعرفين معاً، ومقتضـى ذلك ضـمان المعرفين النصف والأصـل برائه ذمتهمـا عن ضـمان النصف الآـخر، ولاـ يعـارض لأصاله برائه ذمه الأعميين لأنّهما لم يرجعا عن شـهادتهما، ووجه ضمان الكل أنّ الموجب لتمام شـهاده كل من الأعميين وصـيرورتها شـهاده على الحاضر حصل بالمعرفين، فيستند الاتلاف على الحاضر إليهما

....

الشَرح:

لا إلى الشاهدين بالدين.

ولا يخفى أنّ الصحيح هو الثانى، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحه شهاده الشاهدين، ومع عدمه يكون عليه غرم ربع المال ولذا لو رجع المعرفان والشاهدان يتعين القول بالتقسيط على الجميع.

المسأله التاسعه:

إذا ثبت الحكم بشهاده شاهدى الفرع على كل من شاهدى الأصل ثمّ رجعا عن شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما فى شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما فى شهادتهما، وإذا حضر شاهدا الأصل ولم يكذّبا شاهدى الفرع فى رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، وأمّا إذا كذّباهما فى رجوعهما بأن قالا: شهاده شاهدى الفرع كانت صحيحه، فقد يقال:إنّ رجوعهما كالعدم فى عدم كونه موجباً لضمانهما، فإنّ تكذيب الأصل شهاده بأنّ شاهدى الفرع لم يتلفا على المشهود عليه مالاً.

وفيه: انّ البينه لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنّه بشهادته أتلف المال على المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجداناً خلافه ومع البيّنه، خصوصاً مع عدم اعتبارها لا يعلم الخلاف كما هو الحال فى كل بيّنه ينفيها اقرار المقرّ.

وكيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدى الفرع بشهاده كل من الأصل، ثمّ رجعا ضمن كل من شاهدى الفرع نصف المال لأنّهما معاً بشهادتهما أتلفا على المشهود عليه كل المال، ولو رجع كل من الفرعين عن الشهاده بأحد الأصلين أى بالمعين من شاهدى الأصل ضمن كل منهما ربع المال لأنّ رجوعهما معاً بمنزله رجوع أحد الأصلين. وما فى الجواهر من احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصلين لم يعلم وجهه.

ص :۶۰۳

عدم الضمان بكتمان الشهاده

....

الشَرح:

ولكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهاده بشهاده أحد الأصلين والآخر من الفرعين عن الشهاده بشهاده الأصل الآخر ضمنا كل المال لأنّهما برجوعهما كذلك قد أوجدا الخلل فى شهاده كل من الأصلين حيث لا تثبت شهاده أى من الأصلين إلاّ بشهاده الفرعين على كل منهما.

ولكن لا يخفى أنّ الموجب لضمان الشاهد اتلاف المال على المشهود عليه بشهادته، وفى المفروض كل من شاهدى الفرع وان تلف على المشهود عليه نصف المال إلاّ أنّه ليس اتلافه بانفراده بل منضماً إلى شهاده صاحبه الذى لم يعترف باتلافه لعدم رجوعه عن تلك الشهاده التى رجع عنها الفرع الآخر.

المسأله العاشره:

قد تقدم حرمه شهاده الزور ويعزّر مرتكبها وارتكابها كترك الشهاده وكتمانها فى مقام وجوب الاداء من الكبائر، كما ورد فى صحيحه عبد العظيم الحسنى الوارده فى الكبائر، وتزيد على الكتمان بكونها كذباً، حيث ورد فيها: «وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأنّ اللّه عزّوجلّ يقول: (ومن يكتمها فإنّه آثم قلبه)».

وفى موثقه سماعه: «شهود الزور يجلدون حداً ليس له وقت»، ونحوها روايه عبد اللّه بن سنان، وفى معتبره غياث بن إبراهيم: «إنّ علياً عليه السلام كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريباً بعث به إلى حيّه، وإن سوقياً بعث به إلى سوقه فطيف به، ثمّ يحبسه أيّاماً ثمّ يخلى سبيله»، وقد تقدم فى صحيحه محمد بن مسلم(1) وصحيحه جميل(2) ضمانه ما أتلف على المشهود عليه بشهادته.

ص :۶۰۴

۱- ۱. الوسائل: ۲۷، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱و۲: ۳۲۷.

۲- ۲. الوسائل: ۲۷، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲: ۳۲۷.

....

الشَرح:

وكتمان الشهاده فی مقام وجوب ادائها، كما تقدم فی بحث وجوب الاداء، وإن كان محرماً إلاّ أنّه لا يوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد فی شاهد الزور والكاتم بترك الشهاده لا يدخل فيه واتلاف الحق أو المال لا يستند إلى ترك الشهاده، فإنّ الحكم من الحاكم يستند إلى غيره من البيّنه أو الحلف كما لا يخفى، إلى هنا انتهى ما أوردناه من مباحث الشهادات.

ص :۶۰۵

فهرس الكتاب

ص :۶۰۷

ص :۶۰۸

ص :۶۰۹

ص: ۶۱۰

المجلد ۲

الحدود شرایع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام : کتاب الحدود شرایع الاسلام / تالیف جواد تبریزی .

وضعیت ویراست : ویراست ؛ ۳

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س) ، ۱۳۸۷ .

مشخصات ظاهری : ۴۳۸ ص .

شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۸۴۳۸-۱۴-۷

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر بخش الحدود والتعزیرات " شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام " محقق حلی است.

موضوع : محقق حلی، جعفربن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ق . شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ق.

موضوع : حدود (فقه)

موضوع : تعزیرات (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده . شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/م۳ش ۴۰۲۳۲ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۵۳۰۲۸۵

ص: ۱

اشاره

المَوسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ

مَبانى الاحكامِ

الحُدُودُ وَ التَّعزيراتُ

(شَرائِع الاِسلام)

ص :٣

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين وصلّى اللّه على سيّدنا محمّد وآله الطيبّين الطاهرين.

انّ من أهم المباحث الفقهيّه وأكثرها ارتباطاً بحياه الناس وسلامتهم وأمنهم مباحث القضاء والشهادات والحدود والتعزيرات والقصاص والديات المعبّر عنها بالسياسات.

وقد منّ اللّه على بالبدء بالقاء هذه البحوث خلال سنوات عديده على طلّاب الخارج فى الحوزه العلميه المباركه فى قم المشرّفه ووفّقنى لاخراج الكتاب الأول منها «اُسس القضاء والشهاده» وهذا هو الكتاب الثانى فى هذه المباحث وهوكتاب «الحدود والتعزيرات» فقد تعرضت فيه الى أهم فصوله وأدّق مسائله جاعلاً من كتاب شرائع الاسلام متناً لهذه الابحاث رغبه منّى فى خدمه ثراثنا الفقهى العظيم وتشييداً لذكرى علمائنا الأجلاء (قدس اللّه أسرارهم) الذين أتبعوا أنفسهم الزكيه فى سبيل نشر حقائق هذاالدين الحنيف على طريق مذهب أهل البيت عليهم السلام . أسال

اللّه تعالى أن ينفع به طلاب العلم وروّد الحقيقه وأن ينفعنى به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلّا من أتى اللّه بقلب سليم.

قم المشرّفه غرّه ۱۴۱۷ ه. ق.

جواد التبريزى

ص :۶

تعریف الحد والتعزیر

كل ماله عقوبه مقدّره یسمّی حداً، وما لیس كذلك یسمّی تعزیراً[۱].

الشَرح: [۱] الحدّ لغه بمعنی المنع، ویطلق فیالشرع علی العقوبه المقدّره التی تجری علی مرتكبی المعاصی.

والتعزیر لغه بمعنی التأدیب، ویطلق علی العقوبه غیر المقـدّره، ووجه الاطلاق أنّ العقوبه تمنع الناس عن ارتكاب تلك المعاصـی و توجب الأدب لمرتكب المعصیه.

وما فی المتن: أنّ كلّ ماله عقوبه مقدّره. . . ، لا یخلو عن مسامحه، فانّ ماله عقوبه مقدّره أو غیر مقدره موجب الحد أو التعزیر لا نفسـها، وذكر فیالمسالك: أنّ كلّ ما یـدخل فی الحـدّ فالتقـدیر فی تلك العقوبه حاصل، بخلاف مایـدخل فی التعزیر، فانّ عدم التقدیر فیه غالبی ویكون فی بعض أفراد التعزیر تقدیر، وعیّنها فی خمسه مواضع:

... .

الشَرح: الأوّل: من جامع زوجته فينهار شـهر رمضان وهما صائمان، فانّ على كلّ منهما تعزيراً بخمسه وعشرين سوطاً، على ما فى خبر مفضـل بن عمر عن أبى عبـداللّه عليه السـلام (١)، وقـد ذكر فى المعتبر أنّ الخبر وءان كـان ضـعيفاً سـنداً أنّ علمائنـا ادّعوا اجماع الإماميّه بمضمونه.

الثانىّ: من تزوّج أمّه على حرّه ودخل بها قبل الاذن من الحرّه، فانّ عليه أدباً أثنىّ عشـر سوطاً ونصف ثمن حـدّ الزانىّ، على مافىّ خبر منصور بن حازم(٢).

الثـالث: الرجلاـن أو المرأتـان فيمـا اجتمعا مجرّدين تحت ستر واحـد،فانّهما يضـربان من ثلاثين ءالى تسـعه و تسـعين سوطاً على قول(٣).

الرابع: من افتضّ بكراً باصـبعه، فـانه قـال الشـيخ: يجلـد من ثلاثين ءالى سـبعه وسـبعين، وقال المفيـد: ءالى ثمانين(۴)، وقـال ابن ادريس: من ثلاثين ءالى تسعه وتسعين.

الخامس: ما ءاذا وجد الرجل والمرأه فيلحاف واحد وءازار مجرّدين، فانّهمايعزران من عشـره ءالى تسعه وتسعين (۵)،قاله المفيد، واطلق الشيخ التعزير.

أقول: إذا لم يكن الفرق بين الحدّ والتعزير بعد كون كلّ منهما عقوبه دنيويه،

١- (١) الوسائل: الباب ١٢ من ابواب بقيه الحدود، الحديث ١ : ۵٨۵.

٢- (٢) الوسائل: ١۴، الباب ٧ من ابواب مايحرم بالكفر، الحديث ۴:۴١٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من ابواب حد الزنا، الحديث ۴: ۴١٩.

۴- (۴) الوسائل: ١٨،الباب ١٠ من ابواب حدالزنا، الحديث ۴:۴١٩.

۵- (۵) الوسائل: ١٨،الباب ١٠ من ابواب حدالزنا، الحديث ٣: ٣۶۴.

....

الشَرح: إلّا بكون الأوّل مقدراً والثانى غير مقدر، فكيف لا يدخل ماله تقدير فى الحدّ، ولعل نظره قدس سره إلى موارد اطلاق الأدب والتعزير فى الروايات وكلمات الاصحاب، فانّ كلّ مورد اطلق فيه الحدّ على العقوبه ففيه تقدير بخلاف موارد اطلاق الأدب والتعزير، فانّه ليس فى غالبها تقدير وإن كان فى بعض موارد اطلاقهما تقدير، كما فى المواضع الخمسه التى ذكرها، ولكن لا يخفى مافيه:

أمّا أولاً: فانّه لا ينحصر تلك المواضع بالخمسه التى ذكرها، كما فيمن جامع زوجته فى حيضها، فانّ العقوبه فيه أيضاً مقدّره، وفى خبر اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى الحسن عليه السلام : «رجل أتى أهله وهى حائض، قال: يستغفراللّه ولا يعود، قلت: أدب؟ قال: نعم خمسه وعشرون سوطاً ربع حدّالزانى»(١).

وثانياً: فانّه لا ينبغى التأمل فى أنه قد اطلق التعزير والأدب فى الروايات على العقوبه المقدره باستعمالهما فيالمعنى العام، يعنى مطلق العقوبه، كما أنّه قد استعمل الحدّفيهذا المعنى العام، يعنى مطلق العقوبه، كما أنّه قد استعمل الحدّ فيهذا المعنى العام، كما فى مثل قوله عليه السلام : «انّ اللّه جعل لكلّ شيء حدّاً ولمن جاوز الحدّ حدّاً»(٢).

والكلام فى أنّه إذا ورد فى خطاب الشرع عنوان الحد موضوعاً لحكم، كنفى الحلف فيالحدود وعدم مورد للشفاعه فيها، وجواز عفم الحاكم عن الحدّ إذا ثبت بالاقرار دون البينه، أو انّ الشبهه تدرء الحدّ، ولم يكن فى البين قرينه على كون

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الدفاع الحديث ٣:٥٨٦.

٢- (٢) الوسائل: ١٨،الباب ٢ من ابواب مقدمات الحدود الحديث ٣:٥٨٦.

أسباب الحد والتعزير

وأسباب الأوّل سته[١]: الزنـا وما يتبعه، والقـذف وشـرب الخمر والسـرقه وقطع الطريق؛ والثانى أربعه: البغى والردّه واتيان البهيمه وارتكاب ما سوى ذلك من المحارم.

فانفرد لكل قسم باباً عدا ما يتداخل أو ماسبق.

الشَرح:

المراد المعنى العام، يقتصر فى الحكم بمجرد كون العقوبه فيه مقدره، كما انّه إذا ورد لعنوان والأدب حكم يقتصر فيه على مورد عدم التقدير، الاّ مع القرينه على العموم.

ويمكن أن يكون نظره قـدس سـره أنّ كـل مورد اطلق فيه الحـدّ فى كلمـات الاصـحاب يكون التقـدير فيـالعقوبه عليه ثابتـاً بـال خلاف، بخلاف موارد اطلاق التعزير، فانّه يمكن أن يكون فى بعض الانظار، وهذا أيضاً غير تامّ كما يأتى.

[١] ذكر قدس سـره أنّ اسـباب الحدّ سـته، جعل أولها الزنا، وثانيها مايتبع الزنا أىّ اللواط والسحق، والثالث القذف، والرابع شرب الخمر، والخامس السرقه، والسادس قطع الطريق، ولكن لا يمكن المساعده عليه، فانّ موجب الحدّ يزيد على السته.

كمـا لاـ يمكن المساعـده على مـا ذكره من أنّ اسـباب التعزير أربعه: البغى والردّه واتيـان البهيمه وارتكـاب مـا سـوى ذلـك من المحارم، والوجه فى عـدم المساعـده أنّ ما يجرى على المرتـد حـدّ عيّنه الشارع بالقتل ابتـداءً أو بعـد الاسـتتابه وبالحبس إلى ان يموت، وكذا الأمر فى المجارب المراد من الباغى.

ودعوى أنّه إذا كـانت العقوبه موتاً فلا يصـحّ أن يطلق عليها بانّها مقـدّره، فانّ التقـدير هو تعيين الكم، لا يمكن المساعـده عليها، فان التعيين بالعنوان كاف فى

....

الشَرح: كونه حـدّاً وإن لم يكن فيه تقـدير بحسب الكم، ولـذا أدرج العلامه وغيره المحارب والمرتـد فيمن عليه موجب الحـدّ، واطلاق الحدّ على القتل فى الزانى المحصن، وكذا فى اللائط والملوط، ممّا لا ينبغى التأمل فيه بحسب كلمات الاصحاب.

ص :١١

القسم الأوّل الحدود

اشاره

ص :۱۳

النظر الاول: موجبات حد الزنا

الباب الأول:

حدالزنا

، والنظر فى الموجب والحد واللواحق.

اما الموجب: فهو ايلاج الانسان ذكره فى فرج امرأه محرمه من عقـد ولا ملك[١] ولا شبهه. يتحققّ ذلك بغيبوبه الحشفه، قبلاً أو دبراً.

الشَرح:

[١] عرّف الزنا، وهو المحرم كتاباً وسنه ومعدود من الكبائر، بل حرمته من ضروريات الدين بل الأديان، بأنّه ايلاج انسان ذكره فى الفرج امرأه محرمه عليه، من غير عقد ولا ملك ولا شبهه عقد أوملك، فان لم يكن الايلاج كذلك فلا يكون زنا، سوإ كان محرماً واقعاً، كما فى وطئ الحائض أو حال الاحرام أم لا.

ويلزم على ذلك أن لا ـ يكون إدحال الصبيّ أو المجنون أو المكره ذكره فى فرج امرأه من غير عقد ولا ـ شبهه عقد أو ملك زناءاً، ومع أنّ الادخال المزبور زنا ولكن لا يجرى عليهم الحدّ، لأنّ البلوغ والعقل والاختيار من شرائط تعلّق الحدّ.

وبتعبير آخر ما هو المحرّم على البالغ العاقل المختار، يعنى الزنا، حرمته مرفوع عن الصبى والمجنون والمكره، فلا ـ يمكن أن يكون التحريم دخيلاً فى عنوان الزنا، ولذا لم يذكر بعض الاصحاب فى تعريفه قيد التحريم.

وقيل: إنّ من ذكر القيد فسّره بما بعده من غير عقد ولا ملك ولا شبهه، بجعل كلمه من بيانيه، كما فى عباره الماتن قدس سره ولكن سخفى أنّ ما ذكروا فى تعريفه، ولو بملاحظه التوجيه، لا يعم زنا المرأه.

والأولى أن يقال: زنا المرأه تمكينها من الاجنبى حتّى يولج فى فرجها،

....

الشَرح: والمراد من الاجنبی من لا یکون بینها وبینه نکاح أو ملک یوجب مشروعیه الایلاج، ولا شبهه نکاح اوملک، وزنا الرجل ایلاجه کما ذکر.

وعلی الجمله، وقوع الوطء بنحو الفجور مقوّم لعنوان الزنـا، والفجور لا یتحقّق بلا تعمّـد والتفات، ولـذا لا یصـدق الزنا فی موارد الوط ء بالشبهه.

ثم انّه لاـ یعتبر فی الایلاـج غیر غیبوبه الحشـفه فی قبل المرأه أو دبرها، بلا خلاف یعرف إلّا فی الادخال فی دبرها، فانّ المحکم عن الوسـیله أنّ فیه قولین: أحدهما أنّه زنا وهو الاثبت، والثانی أن یکون لواطاً، واسـتظهر من عباره المقنعه والنهایه نفی الزنا عنه، قال فی الاول: الزنا الموجب للحدّ وطء من حرّم اللّه تعالی وطئه من النسإ بغیرعقد مشـروع، إذا کان الوطء فی الفرج خاصّه دون ما سواه، وفی الثانی: الزنا الموجب للحدّ هو وطء من حرم اللّه من غیر عقد ولا شبهه عقد، ویکون فیالفرج خاصّه.

ولکن یحتمـل کون المراد مـا یعم دبرهـا، ودعوی أنّه لوکـان المراد فی کلامهمـا المعموم فلاـ موجب للتقییـد بقولهمـا: إذا کان فیالفرج خاصّه، لا یخفی ما فیها.

والحاصل: الفرج فی بعض استعمالاته أو اکثره خصوص القبل، کما یظهر بملاحظه ما ورد فیما یحلّ من الحائض لزوجها.

ویستدل علی المشـهور بأنّ الوارد فی خطابات الحـدّ عنوان الزنا الفجور، واصابه الفاحشه والمجامعه والمواقعه والاتیان، وصـدق هذه العناوین علب الاتیان بالمرأه فی دبرها ظاهر.

ویمکن المناقشه بالقطع بان ما ورد فیالروایات من العناوین کنایه عن

....

الشَرح: الايقاب فى الدبر، ولا يبعد أن يستشهد للعموم بالاطلاق فى مثل صحيحه محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام قال: سألته متى يجب الغسل على الرجل والمرأه، فقال: «اذا ادخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم»(۱)، مع ملاحظه انصرافها عن الادخال فى غير الموضعين.

ولا ينافى هذا الاطلاق ما فى صحيحه ابن بزيع من تحديد الجماع الموجب للغسل بالتقإ الختانين المحققّ بغيبوبه الحشفه فى قبلها، قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يجامع المرأه قريباً من الفرج فلا ينزلان متى يجب الغسل؟ فقال: «اذا التقى الختنان وجب الغسل، فقلت: التقاء الختانين هو غيبوبه الحشفه؟ قال: نعم»(۲).

والوجه فى عدم المنافاه أنّها وما فى معناها ناظره إلى تحديد الدخول فى قبلها، حيث يكون الغالب وطئها فى قبلها، فالخطاب الوارد فى بيان حكم الفرد الغالب لا يمنع الأخذ بالاطلاق فى غيره الدالّ على أنّ إدخال الرجل ذكره يوجب الغسل واستقرار المهر وجريان الحدّ، غايه الأمر يدعى أنّ الدخول فى الدبر أيضاً يكفى فيه غيبوبه الحشفه، فانّ المتفاهم العرفى من التحديد أنّه لا يلزم فى ترتب أحكام الدخول إدخال الذكر بتمامه.

ولذا يمكن الالتزام بأنّ الدخول من غير ذى الحشفه لا يتوقّف أيضاً على ادخال تمام ذكره، لأنّ الفرق باحتمال ادخال التمام، كما هو احد الوجهين فى كشف اللثام، خلاف المتفاهم المزبور، مع ملاحظه صدق الدخول من غير ذى

۱- (۱) الوسائل: ۱، الباب ۶ من أبواب الجنابه الحديث ۱ و ۲ : ۴۶۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱، الباب ۶ من أبواب الجنابه الحديث ۱ و ۲ : ۴۶۹.

اعتبار العلم بالحرمه فی ثبوت حد الزنا

ویشترط فی تعلّق الحد العلم بالتحریم[۱]

الشَرح: الایلاج المعهود، والکلام فی أنّ المکنّی عنه خصوص الایلاج فی القبل أو مایعم الحشفه إذا ادخل مقدارها، بل یصدق الدخول ولو لم یکن بمقدارها، وتحدیده بغیبوبه الحشـفه تحدید فی حق شـخص ذی حشـفه، فلایکون تحدید بالاضافه إلی غیر ذیها، فیؤخذ فیه بالاطلاق المتقدم، کما تعرّضنا لذلک فیبحث غسل الجنابه.

[۱] لا خلاف فی أنّه یعتبر فی تعلّق الحـدّ بالزنا العلم بحرمه حال العمل، ولو فرض الجهل بها فی مورد لا یجری معه الحدّ، ولعلّه بلا فرق عنـدهم بین الجهل قصوراً أو تقصـیراً وفی صـحیحه محمّد بن مسـلم قال: قلت لابی جعفر علیه السـلام رجل دعوناه الی جمله الاسلام فاقّربه ثم شرب الخمر وزنی وأکل الربا ولم یتبیّن له شیء من الحلال والحرام اقیم علیه الحد اذا جهله؟ قال: «لا الاّ ان تقوم بیّنه أنه کان قد أقرّ بتحریمها»(۱)، ونحوهما أبی عبیده الحذاء(۲) وغیرها.

وأمّا اذا کـانت حرمه الزنـا محرزه، وکـان الجهـل بحرمه المرأه علی الرجـل، وأنّهـا لاـ تصـیر بالعقـد زوجه له، سواء کان الحهل بحرمتهـا من جهه الجهـل بـالموضوع، کمن عقـد علی امرأه کـانت اختاً له زضاعاً مع عـدم علمه بالرضاع، أو کان جهله بحرمتها لعـدم علمه بـان الرضاع یوجب التحریم، فالوط ء فی کلا الفرضـین داخل فی الشـبهه، وقـد تقـدّم أنّ عنوان الزنا یعتبر فی تحققه صدور الوط ء فجوراً، ولا یتحقّق الفجور مع الشبهه یعنی مع عدم احراز فساد النکاح والملک.

وعلی الجمله، تحقق الشبهه مع الجهل بالموضوع ظاهر، سواء کان مع

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۲۴ .

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۲۴.

....

الشَرح: الاعتقاد بعدمه أو احتماله واقعاً مع احراز عدمه ولو بالاصل، وكذا فى موارد الجهل بالحكم قصوراً مع الاعتقاد بعدمه.

نعم، إذا كـان الجهل الحكم باحتماله وعـدم كونه معـذوراً فى مخالفته، كمن تزوّج بامرأه ارتضـعت من امّه مع جهله بأنّها تصـير اخته رضاعاً والرضاع يوجب المحرميه، فمع احتماله أنّ وطيها ولو بالعقـد لا يدخل فى الوط ء شـبهه،ولكن لا يبعد تحقّق الشـبهه فى هذا الفرض أيضاً.

وفى صـحيحه أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: سـألته عن امرأه تزوجت رجلاًـ ولهـا زوج، قـال:«إن كـان زوجهـا الأول مقيماً معها فيالمصـر التى هى فيه تصـل اليه ويصـل اليهـا، فـان عليها ما على الزانى المحيض الرجم، وان كان زوجهاالأوّل غائباً عنها كان أو مقيماً معها فيالمصر لا يصل اليها ولا تصل اليه، فانّ عليها ما على الزانيه غيرالمحصـنه ولا لعان بينهما، قلت: من يرجمها ويضربها الحدّ وزوجها لا يقدّمها إلى الإمام ولا يريد ذلك منها، فقال: ان الحدّ لا يزال للّه فى بدنها حتّى يقوم به من قام أو تلقى اللّه وهو عليهـا، قلت: فـان كـانت جـاهله بمـا صـنعت ؟قـال ،فقـال: أليس هى فى دار الهجره؟ قلت: بلى، قـال: مـا من امرأه اليوم من نساء المسـلمين إالاّ وهى تعلم أنّ المرأه المسـلمه لا يحّل لها أن تتزوّج زوجين، قال: ولو أنّ المرأه إذا فجرت قالت: لم أدر أو جهلت أنّ الذى فعلت حرام ولم يقم عيها الحدّ اذاًلتعطّلت الحدود»(۱)، فان ظاهرها أنّه لو علم صدقها وانها لم تكن عالمه بالحكم تدرء عنها الحدّ، غايه الأمر بماأنّها فى دار الهجره ولا يحتمل جهلها بالحكم لم تسمع دعواها الجهل، فهى زانيه.

ص :۱۹

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۹۵.

....

الشَرح: نعم، ربمّا يستظهر من صحيحه يزيد الكناسى أنّ الجاهل المقصر المحتمل حرمه المرأه يجرى عليه الحدّ ولا يدخل وطؤه فى الشبهه الدرائه للحدّ، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن أمرأه تزوجت فى عدتها، فقال: «ان كانت تزوجت فى عده طلاق لزوجها عليها الرجعه، فانّ عليها الرجم، وان كانت تزوجت فى عدّه ليس لزوجها عليها الرجعه، فانّ عليها حدّ الزانى غير المحصن، وان كانت تزوجت فى عدّه بعد موت زوجها من قبل انقضاء العدّه الاربعه اشهر والعشره أيام فلا رجم عليها، وعليها ضرب مائه جلده، قلت: ارأيت ان كان ذلك منها بجهاله، قال: فقال: ما من نساء المسلمين الّاهى تعلم أنّ عليها عدّه فى طلاق أو موت، ولقد كنّ نساء الجاهليّه يعرفن ذلك، قلت: أنّ عليها عدّه ولا تدرى كم هى، فقال: اذا علمت أنّ عليها العده لزمتها الحجه، فتسأل حتى تعلم»(۱).

فانّ ظاهر الذّيل أنّ مع الحرمه وامكان العلم بها لا يكون الجهل رافعاً للحد، وربمّا يضاف إلى ذلك أنّ الجاهل المزبور يعلم بالحكم الظاهرى حال العمل، وإن كان جاهلاً بالاضافه إلى الحكم الواقعى.

أقول: لا ـ بدّ من أن يكون بالحكم الظاهرى تنجز الحرمه الواقعيه على تقديرها لكون الشبهه فى الحكم قبل الفحص، وإلاّ فلا يمكن أن يراد منه الاستصحاب، فانّه لا يجرى قبل الفحص كان نافياً للتكليف أو مثبتاً.

ولكن لا يبعد أن يكون المراد من ذيلها أيضاً عدم سماع دعوى الجهل بمقدار العدّه، كعدم سماع دعوى الجهل بلزوم العدّه فى طلاق أو موت، ولو جمعاً

ص: ۲۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۳:۳۹۶.

اعتبار الاختيار فی حد الزنا

والاختیار[۲]

الشَرح: بینها وبین ما تقدم من عدم تعلّق الحدّ مع الجهل کان قصوراً أو تقصیراً، کما یقتضی ذلک أیضاً ما ورد فی صحیحه عبدالصمد بن بشیر الوارده فیمن أحرم فی قمیصه للحج من قوله علیه السلام : «أیّ رجل رکب أمراً بجهاله فلا شیء علیه».

وعلی تقدیر الاغماض عن ذلک، فیلتزم بثبوت الحد علی المرأه الجاهله بمقدار العدّه بالشبهه الحکمیه اذا ترکت تعلم مقدارها وان لم تکن زانیه، کما یلتزم بثبوت الرجم علیها فی التزویج فی عده الطلاق الرجعی مع عدم کونها محصنه فیها.

ودعوی أنّ ما ورد فی ذیل هذه الصحیحه الظاهر فی جریان الحدّ علی الجاهل المقصر مع احتماله التکلیف حال العمل موافق لا طلاق الکتاب المجید، فیقدّم علی الاخبار المتقدّمه المشار الیها، الظاهره فی عدم الحد مع الجهل ولو کان تقصیراً، لا یمکن المساعده علیه، فانّ تعلّق الحدّ فی الکتاب علی عنوان الزنا، وهذه العنوان لا یتحقّق مع احتمال الزوجیه أو ثبوت ملک الیمین.

[۲] یعتبر فی تعلّق الحد الاختیار بمعنی عدم الاکراه، وتحقق الاکراه علی المرأه وکونه رافعاً الحدّ عنها متسالم علیه، لحدیث رفع الاکراه وغیره، وفی صحیحه أبی عبیده عن أبی جعفر علیه السلام قال: «انّ علیاً علیه السلام اتی بامرأه مع رجل فجر بها، فقالت: استکرهنی واللّه یا أمیر المؤمنین، فدرأ عنها الحد، ولو سئل هولاء عن ذلک قالوا: لا تصدق، وقد واللّه أمیر المؤمنین علیه السلام (۱).

وفی صحیحه محمّد عن أحدهما علیه السلام فی أمرأه زنت وهی مجنونه، قال: «انها

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حدالزنا، ۱:۳۸۲.

معنى الإكراه على الزنا

....

الشَرح: لا تملك نفسها وليس عليها رجم ولا نفى، وقال: فى امرأه اقرّت على نفسها انّه استكرها رجل على نفسها، قال: هى مثل السائبه لا تملك نفسها ولوشاء قتلها، وليس عليها جلد و نفى ولا رجم»(۱)، فانّه لو لم يكن الاكراه مسقطاً للحد لم يكن لسماع قولها معنى.

وأمّا بالاضافه إلى الرجل، فقد يقال: لا يتحقّق الاكراه عليه، فانّه لا ينتشر العضو مع الاكراه، فانتشاره كاشف عن عدم تحقّقه، حيث إنّ الانتشار الناشى ء من الخوف من الوعيد غير ممكن عاده، ويعتبر فى الاكراه الانبعاث إلى الفعل خوفاً من الضرر المتوّعد به.

وفيه، انّه فى الاكراه على الفعل الحرام الاّ أنّه لو لا خوف الضرر المتوّعد به لم يفعل، سواء كان له ميل نفسانى للفعل، بحيث لو لا النهى عنه شرعاً ارتكبه، أم لم يكن له ميل نفسانى.

وعلى الجمله المطلوب فى النواهى الشرعيه الانتهاء عن الفعل وعدم ارتكابه، لا زاله الميل النفسانى، فانّ ازالته من مراتب كمال النفس، وغير داخله فى متعلّق النواهى ولا فى معنى النواهى.

وهذا مراد الماتن فيما يأتى، من تعليله تحقّق الاكراه على الرجل بانّه يمكن الاكراه لما يعرض للمكلّف الميل النفسانى مع فرض الانتهاء عن الفعل للمنع الشرعى، وإلى ذلك يرجع ايضاً ما فى كشف اللثام، من انّ التخويف بالاضافه إلى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ من أبواب حدالزنا، الحديث ۲:۳۸۳.

اعتبار البلوغ فی حد الزنا

والبلوغ [۳]،

الشَرح:

ترک الفعل، وأمّا الفعل فلا یخاف منه، فیمکن انتشار العضو الناشی من المیل النفسانس ّ.

وماقیل: من أنّ المراد بالاکراه علی الزنا غیر المراد منه فی سائر الافعال، فانّ المراد منه فی غیر الزنا ارتکاب الانسان فعلاً یکرهه ویکون الموجب لارتکابه خوف الضرر المتوعد به، لا یمکن المساعده علیه، فانّ المحقّق للاکراه الارتکاب خوفاً من الضرر المتوّعد به، بحیث لولاه لم یرتکبه.

[۳] لا یتعلّق الحد بالصبی ولا بالصبیه، بلا خلاف معروف أو منقول، لرفع القلم عنها وللروایات، منها: صحیحه یزید الکناسی عن أبی جعفر علیه السلام قال: الجاریه اذا بلغت تسع سنین ذهب عنها الیتم وزوّجت واقیم علیها الحدود التامه لها وعلیها،قال: قلت: الغلام اذا زوّجه أبوه ودخل باهله وهو غیر مدرک أتقام علیه الحدود علی تلک الحال، قال: أما الحدود کلّها علی مبلغ سنه الحدیث»(۱).

وفی روایه حمران قال: سألت أبا جعفر علیه السلام متی یجب علی الغلام أن یؤخذ بالحدود التامّه ویقام علیه ویؤخذ بها؟ قال: «اذا خرج عنه الیتم وادرک، قلت: فلذلک حدّ یعرف به؟ قال: اذا احتلم أو بلغ خمسه عشر سنه أو أشعر أو انبت قبل ذلک اقیمت علیع الحدود وأخذ بها وأخذت له، قلت: فالجاریه متی یجب علیها الحدود التامه وتؤخذ لها، قال: إنّ الجاریه لیست کالغلام إنّ الجاریه إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنین ذهب عنها الیتم الحدیث»(۲)، إلی غیر ذلک.

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، من أبواب عقدالنکاح، الحدیث ۹:۲۰۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱،الباب ۴ من أبواب مقدمه العبادات، الحدیث ۲:۳۰.

عدم سقوط الحد عن البالغ والبالغه الزانيين بالصبی والصبیه

وفی تعلّق الرجم مضافاً إلی ذلک الاحصان[۴].

الشَرح:

ولا یخفی أنّ عـدم تعلّق الحد بالصبی أو الصبیه لا یوجب سـقوط الحد عن البالغ والبالغه فی زناهما، کما إذا زنی الصبی بالمرأه أو زنی الرجل بالصبیه، وأما سـقوط الرجم عن المرأه المحصـنه اذا زنی الصبی بها فهو لصـحیحه أبی بصـیر، فیقتصـر علی الرجم ویؤخذ فیغیره بالاطلاق.

اعتبار الإحصان فی حد الزنا

[۴] اعتبـار الاحصـان فی تعلّق الرجـم بـالزانی أو الزانیه متسـالم علیه فی کلمـات الاصـحاب، والنصـوص علی اعتبـاره فی الرجم متظافره.

وقـد ذکر الماتن قـدس سره فیما یأتی من کلامه أنّه لا یثبت الاحصان الّذی یجب معه الرجم حتی یکون الواط ء بالغاً حرّاً ویطأً فی فرج مملوک بالعقد الدائم أو الرّق متمکن منه یغدو علیه یروح، وفی روایه مهجوره دون مسافه التقصیر.

إحصان الرجل

ویسـتفاد ممّـا ذکر اعتبار أمور فی احصان الرجل زائـداً علی الشـرائط المتقـدمه، منهاکون الرجل حرّاً فلا یتعلّق الرجم بالعبـد بلا خلاـف، ویشـهد لـذلک جمله من الروایـات، کصـحیحه محمّـد قیس عن أبی جعفر علیه السـلام قال: «قضـی أمیر المؤمنین علیه السلام فی العبید اذا زنی احدهم أن یجلد خمسین جلده، وان کان مسلماً أو کافراً أو نصرانیاً ولا یرجم ولا ینفی»(۱).

وفی خبر الحسن بن السـیری عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قـال: «اذا زنی العبـد والأـمه وهمـا محصـنان فلیس علیهما الرجم، انما علیهما الضرب خمسین نصف الحدّ»(۲).

ص: ۲۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۵: ۴۰۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۳: ۴۰۲.

....

الشَرح: وفى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى العبد يتزوج الحره ثم يعتق فيصيب فاحشه قال: لا رجم عليه حتى يواقع الحرّه بعد ما يعتق، قلت: فللحره خيار عليه اذا اعتق؟ قال: لا قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الاول»(۱)، فان هذه الصحيحه أيضاً كالصريحه فى ان الاحصان الموجب لتعلّق الرجم لا يتحقق فى العبد، نعم يحصل بعد عتقه مع دخوله بزوجته الحره بعد انعتاقه ولا عبره بالدخول قبله.

وفى صحيحه بريد العجلى عن أبى عبداللّه (جعفر) عليه السلام فى الأمه تزنى قال: «تجلد نصف الحدّ كان لها زوج أو لم يكن لها زوج»(۲).

وعلى الجمله يستفاد ممّا ذكر من الروايات وغيره أنّ الاحصان الموجب للرجم لا يتحقّق فى العبد والأمه.

ومنها: أن يكون للحرّ البالغ زوجه بالنكاح الدائم عند فجوره وقد دخل بها فجوره، فلا يكفى فى الحصان أن يكون عنده الزوجه متعه، وقد ذكر فى الانتصار أنّ الرجل لا يخرج إلى الاحصان بالزوجه متعه على الأصح، وفى تعبيره بالاصح اشعار بالخلاف فى الحكم، ولكن لم يتحقّق خلاف بل ولا ينقل.

وفى موثقه اشعار بن عمّار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرحل اذا زنى وعنده السريه والأمه يطأها تحصنه الأمه وتكون عنده؟ فقال: «نعم انما ذلک لانّ عنده ما يغنيه عن الزنا، قلت: فان كانت عنده أمه زعم أنّه لا يطأها؟، فقال:

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۵: ۳۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب حدالزنا، الحديث ۲: ۴۰۱.

عدم تحقق الإحصان بالزوجه غير الدائمه

....

الشَرح: لا ـ يصدق، قلت: فان كانت عنده أمراه متعه أتحصنه؟ فقال: لا انما هو على الشيء الدائم عنده»(۱)، ونحوها موثقته الاخرى، ولا يبعد كونهما روايه واحده قد وصلت عن اسحاق بن عمار بطريقين إلى الكلينى قدس سره .

وفى صحيحه عمر بن يزيد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا ـ يرجم الغائب عن أهله ولا ـ المملك الذى لم يبن باهله ولا صاحب المتعه»(۲).

وعلى الجمله المستفاد من هذه الروايات ونحوها عدم كفايه النكاح متعه فى حصول الاحصان، ولو كان فى بعض الروايات اطلاق يقتضى كفايته، فلا بدّ من رفع اليد عن الاطلاق المزبور، كصحيحه اسماعيل بن جابر، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قلت له و ماالمحصن رحمك اللّه؟ قال: «من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن»(۳)، حيث انّه يبعد شمولها لمن عنده الزوجه متعه عند فجوره.

وفى الصحيح عن ابن أبى عمير عن هشام وحفص بن البخترى، عمنّ ذكره، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يتزوج متعه أتحصنه قال: «لا انما ذلك على الشىء الدائم»(۴).

نعم، إذا كانت المدّه للمتعه بحيث تكون المرأه عند الرجل دائماً، كما اذا

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۲: ۳۵۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدالزنا، الحديث ۳: ۳۵۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۵۱.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۳: ۳۵۲.

تحقق الإحصان بالمتعه ذات المده الطويله

....

الشَرح: تزوج بـالمرأه البالغه عشـرين سـنه إلى مائه سـنه منعاً عنها عن الارث، فان قيل بأنّ هـذا من العقـد دواماً وان أتى بصوره المتعه، لأنّ الملاك فى العقـد دواماً انشاء الزوجيه بينهما مادام حياتهما، وهـذا أيضاً كذلك، فحصول الاحصان بالمتعه المزبوره ظاهر، وان قيل بأنّ مجرد ثبوت الزوجيه مادام حياتهما لا يكون نكاحاً دائماً بل المعتبر فى انشائه عـدم ذكر المدّه، كما أنّ المميز للمتعه ذكرهـا ولـذا لاـ يترتب عليه اثر النكـاح الـدائم من التوارث ولزوم النفقه، فلا يبعـد ايضاً حصول الاحصان بها، لما ورد فى الروايات: أن يكون عنده الشىء الدائم، هذه منه.

فى اعتبار الدخول فى الإحصان

ثم إنّه تقـدّم عـدم كفايه مجرّد النكاح دواماً فى تحقق الاحصان، بل يعتبر الـدخول بها عنـد فجوره، وظاهر جمله من الاصحاب ذلـك، بـل يقال انّ ه مراد كلّهم، وورد اعتبار ذلك فى صـحيحه عمر بن يزيـد المتقـدّمه، حيث ذكر سـلام اللّه عليه: «ولا يرجم المملك الذى لم يبن باهله».

وفى صـحيحه رفـاعه، قـال: «سـألت أبـا عبـداللّه عليه السـلام عن الرجل يزنى قبل ان يـدخل باهله أيرجم، قال: لا»(۱)، وصحيحه محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يدخل باهله أيحصن، قال: «لا، ولا بالأمه»(۲).

وكما لا يحصن الرجل بمجرد العقـد الدائم كذلك لا تصـير المرأه محصـنه الا بالدخول بها، وفى صـحيحه محمّد بن مسـلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «فاذا احصنّ»، قال: احصانهنّ ان يدخل بهنّ، قلت: فان لم يدخل

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۹: ۳۵۹.

عدم تحقق الإحصان بالأمه

....

الشَرح: بهنّ اما عليهن حدّ، قال: «بلى»(۱)، ومقتضى ملاحظه الصدر والذيل كون المراد بتعلق الحدّ بهنّ مع الدخول تعلق حدّ الجلد.

وعلى الجمله، فلا ينبغى التأمل فى اعتبار الدخول بالمرأه فى احصانها واحصان زوجها، مع انحصار زوجيتها بنكاح دائم عليها، والا يكفى فى احصانه الدخول بالمنكوحه الاخرى، واحتمال أنّ المراد بالدخول بها فى الروايات مجرّد الزفاف وادخال المنكوحه بيت زوجها لا اساس له، وقد صرّح عليه السلام فى صحيحه أبى بصير المتقدّمه: «انّ العبدالذى له زوجه حرّه لا يكون محصناً بعد عتقه، الاّ أن يواقع زوجته الحرّه بعد عتقه»(۲).

نعم، لا يعتبر الدخول فى قبلها، بل يكفى فى الاحصان بها فى دبرها، كما هو مقتضى الاطلاق فى الروايات المتقدّمه وغيرها، بل لا يبعد القول بالاطلاق حتّى ما اذا كان الدخول بها على الوجه المحرّم، كالدخول بها ايام حيضها أو نهار شهر رمضان ونحو ذلك.

بقى فى هذا الأمر شيء، وهو انّ ظاهر عباره الماتن قدس سره عدم اعتبار خصوص الزوجه الدائمه فى احصان الرجل، بل يكفى فيه أن يكون له فرج مملوك، ولو بان كانت له أمه قد وطأها عند فجوره، وهذا هو المشهور بين الاصحاب، خلافاً لجماعه من عدم تحقّق الاحصان بملك اليمين، كما هو المحكى عن القديمين والصدوق والديلمى.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۴: ۳۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۵: ۳۵۸.

....

الشَرح: ويـدل على ما هو المشـهور موثقه اسـحاق بن عمار المتقـدّمه عن أبى عبـدالله عليه السـلام ، قال: سألت أبا ابراهيم عليه السـلام عن الرجل اذا هو زنى وعنده السريه والأمه يطأها تحصنه الأمه وتكون عنده؟ قال: «نعم انّما ذلك لأنّ عنده ما يغنيه»(١)، وفى صـحيحه على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسـى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الحر تحته المملوكه، هل عليه الرجم اذا زنى؟ قال: «نعم»(٢)، إلى غير ذلك ممّا يأتى.

ولكن فى البين روايات يقال بدلالتها على عدم حصول الاحصان بملك اليمين.

منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام ، حيث ورد فيها: «وكما تحصنه الأمه واليهوديه والنصرانيه ان زنى بحره كـذلك لا ـ يكون عليه حـدّ المحصن اذا زنى بيهوديه أو نصـرانيه أو امه وتحته حرّه»(٣)، فـانّ ظاهرها اعتبار أمرين: أحـدهما ان يكون عنده الحره المسلمه عند فجوره، وثانيهما أن يكون زناه بالحره المسلمه.

وفى صحيحه الاخرى عن أبى جعفر عليه السلام عن الرجل يزنى ولم يدخل باهله أيحصن، قال: «لا، ولا بالأمه»(۴).

ص :٢٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ٢: ٣٥٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ١١: ٣٥۴.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ٩: ٣٥۴.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حدالزنا، الحديث ٩: ٣٥٩.

....

الشَرح: وفى صحيحه الثالثه قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحر أتحصنه المملوكه قال: «لا ـ يحصن الحر المملوكه ولا يحصن المملوك الحره والنصرانى يحصن اليهوديه تحصن النصرانى»(١).

ويحتمل أن يكون الجواب فى هذه الصحيحه ناظراً إلى أنّ الزوج الحر أو المولى لا يجعل المملوكه محصنه ولا يحصن الزوج المملوك الحره محصنه، نظير ما ورد فى صحيحه الحلبى قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «لا ـ يحصن الحر المملوكه ولا المملوك الحره»(٢).

نعم، فى صحيحه الاخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل الحر أيحصن المملوكه؟ قال: «لا يحصن الحر المملوكه، ولا يحصن المملوكه الحر، واليهودى يحصن النصرانيه، والنصرانى يحصن اليهوديه»(٣)، ويتعيّن أن تكون المملوكه فى الجمله الثانيه بالرفع والحرّ بالنصب، والا كان تكراراً للجمله الأوّلى، هكذا.

وقد تقدّم أنّ المستفاد من الصحيحه الأوّلى لمحمّد بن مسلم اعتبار أمرين فى تعلق الرجم بالزانى: كون المرأه المزنى بها حره مسلمه وأن يكون عنده عند فجوره الزوجه الدائمه الحره.

واعتبار الأوّل ليس فى كلام اصحابنا، بل هو أبى حنيفه وأصحابه، وربّما

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب حدالزنا، الحديث ١: ٣٥٧.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ٧: ٣٥٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ٨: ٣٥٣.

....

الشَرح: يكون ذلك على أنّ الثانى أيضاً غير معتبر وورده فيها لرعايه التقيه فانّه ايضاً منسوب إلى أبى حنيفه واصحابه وفى روايه اسماعيل بن أبى زياد يعنى السكونى، ولا يبعد اعتبارها وان يكون فى سندها محمّد بن عيسى والد احمد بن عيسى، عن جعفر بن محمّد، عن آبائه انّ محمّد ابن أبى بكر كتب إلى على عليه السلام فيالرجل زنى بالمرأه اليهوديه والنصرنيه، فكتب اليه: «ان كان محصناً فارجمه وان كان بكراً فاجلده مائه جلده ثم انفه، الحديث»(۱).

وعلى ذلك، فلو كان ماذكر قرينه على ما ورد فى عدم كفايه الأمه فى احصان الرجل لرعايه التقيه فهو، والا فقد يقال: انّ الطائفتين متعارضتان والترجيح لما دلّ على كفايه الأمه فيالاحصان، لكونه مخالفاً للعامه، ولو لم يثبت هذا أيضاً تعارضتا وتساقطتا ويرجع إلى العموم أو الاطلاق الدال على الكفايه.

وفى صحيحه اسماعيل جابر، عن أبى جعفر عليه السلام قلت: «ما المحصن رحمك اللّه، قال: من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن»(۲).

وفى صحيحه حريز قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المحصن قال: فقال:«الذى يزنى وعنده مايغنيه»(۳) فان اطلاقهما يقتضى كفايه الأمه.

أقول: يمكن المناقشه فيه أنّه لو لم يتمّ ما تقدّم من القرينه وكانت الطائفتان متعارضتين، يكون الترجيح لما دلّ على الكفايه، لموافقته للكتاب المجيد الدال

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب حدالزنا، الحديث ۵: ۳۶۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۵۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۵۲.

اعتبار التمكن من الفرج فی إحصان الرجل

....

الشَرح: علی أنّ حدّ الزانی والزانیه هو الجلد بلا تفصیل.

وعلی الجمله الرجوع إلی الاطلاق المتقدّم مبنی علی انّ الکتاب عند تعارض الطائفتین مرجع، فانّه علی المبنی لا تصل النوبه إلی الرجوع إلی اطلاق الکتاب، لکون صحیحه اسماعیل بن جابر وصحیحه حریز أخصّ، وأمّا بناءاً علی کون موافقه الکتاب مرجحاً لأحد المتعارضین فاللاّزم الأخذ بالطائفه الداله علی عدم اکتفاء الأمه فی الاحصان.

اللّهم الاّ یقال: لم یثبت ان موافقه هو المرجح الأوّل، بل هی ومخالفه العامه فی احصان الرجل فی رتبه واحده، ومع وجود المرجح فی کل من الطائفتین تتکافئان، ویرجع بعد تساقطهما إلی الاطلاق الدال علی کفایه الأمه فی الاحصان.

ومنها: أنّه یعتبر فیاحصان الرجل مع ما تقدّم تمکنه من الفرج المملوک له زمان فجوره، فاذا کانت زوجته غائبه عنه بحیث لا یمکن الوصول الیها، أو کان الرجل محبوساً لا یتمکن من الخروج الیها، فلا رجم لعدم الاحصان، وظاهر جماعه اعتبار وصول الرجل إلی زوجته أو مملوکته فی طرفی النهار، ولو لم یصل الاّ فی احد طرفیها فلا رجم.

والظاهر أنهم استظهروا ذلک ممّا ورد فی صحیحه اسماعیل بن جابر عن أبی جعفر علیه السلام ، حیث ورد فیها: «من کان له فرج یغدو علیه ویروح فهو محصن».

وظاهر الروایه اعتبار الفعلیّه زمان فجوره، ولکن المذکور فی المحکی عن الشیخین وجمع آخر مجرّد التمکن من الفرج المملوک.

ویمکن أن یستظهر من صحیحه حریز التمکن من الوصول إلی زوجته أو

....

الشَرح: مملوكته، بان تكونا عنده عرفاً، قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امحصن قال: «الذى يزنى وعنده ما يغنيه»(۱).

فانّ المتفاهم العرفى منها أن تكون زوجته أو امته عنده، ولو لم يغدو عليها فى بعض الحيان، كمن كان مشتغلاً بعمل فى مكان لا يصل إلى اهله فى بعض الحيان فى شيء من طرفى النهار، مع تمكنه من الوصول اليها عرفاً.

وعلى الجمله، مقتضى المتفاهم العرفى من ملاحظه الصحيحتين هو اعتبار التمكن من الوصول إلى زوجته أو مملوكته مع وصوله اليها أيضاً بحسب الغائب، كما هو ظاهر عباره الماتن.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم قال سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «المغيب والمغيبه ليس عليهما رجم الّا ان يكون الرجل مع المرأه والمرأه مع الرجل»(۲).

وصحيحه أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى الرجل الذى له امرأه بالبصره ففجربالكوفه ان يدرأ عنه الرجم ويضرب حدّ الزانى»، قال: وقضى فى رجل محبوس فى السجن وله امرأه حرّه فى بيته فى المصر وهو لا يصل اليهافزنى فى السجن، قال: «عليه الحدود ويدرأ عنه الرجم»(۳)، وفى خبر عمر بن يزيد عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا يرجم الغائب عن اهله»(۴).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حدالزنا، الحديث ۴: ۳۵۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۳۵۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدالزنا، الحديث ۲: ۳۵۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدالزنا، الحديث ۳: ۳۵۵.

فی صدق الإحصان وعدمه عند مرض الزوجه وحيضها

....

الشَرح: والحاصل اعتبار كون الرجل عند امرأته فی طرفی النهار حتی فی يوم فجوره، بحيث لو كان فی ليله ضيفاً عند أحد فزنی فی تلك الليله أن لا يثبت له الرجم لعدم غدوه علی الفرج المملوك له، فغير محتمل، ولا يساعده ظاهر ما تقدّم بحسب المتفاهم العرفی، ولذا قيد فی الجواهر بأنّه يغدو عليه ويروح إذا شاء.

فلاـ يبعد أن يقال:مقتضی ملاحظه ما تقدّم من الروايات مع ملاحظه المتارف بين الرجال والنساء اعتبار كون الرجل متمكناً من الوصول إلی زوجته أو مملوكته، وكونهما تحت اختياره أيضاً زمان فجوره عرفاً بان لا يكون هو غائباً أو زوجته غائله، بحيث لم يمكن له الوصول اليها الاّـ بعد مدّه من الزمان بأن يصدق عرفاً أنّه غائب عن اهله، وكذا فيما كان محبوساً، ومنه أيضاً ما إذا كانت زوجته مريضه بحيث لا يمكن له الاستمتاع منها عندما هاجت به شهوته، ولذا يمكن التفرقه بين حيض المرأه ومرضها بالنحو المزبور، حيث يمكن الاستمتاع بها فی الأوّل دون الثانی.

وقد ورد فی خبر عمر بن يزيد تحديد غيبوبه الرجل عن أهله السفر الموجب للقصر والافطار، قال: قلت لأبی عبداللّه عليه السلام : اخبرنی عن أهله يزنی هل يرجم إذا كان زوجه وهو غائب عنها، قال: «لا يرجم الغائب عن أهله ولا المملك الّذی لم يبن بأهله ولا صاحب المتعه، قلت: ففی أیّ حدّ سفره لا يكون محصناً، اذا قصر وافطر فليس بمحصن»(۱).

والروايه فی سندها عبدالرحمن بن حماد، ولم يثبت له توثيق ولم يعمل

ص :۳۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱:۳۵۶.

ولو تزوج محرّمه: کالأم والمرضعه والمحصنه، وزوجه الوالد وزوجه الأب، فوطأ مع الجهل بالتحریم فلا حدّ[۱]، ولا ینهض العقد بانفراده شبهه فی سقوط

الشَرح:

بظاهرها لیدعی انجبار ضعفها، ونظیرها مرفوعه محمّد بن الحسین مع اضمارها.

وعلی ما ذکرنا، فان شک فی صدق الغیاب عن الاهل وعدم الوصول الیها وعنده الفرج المملوک له عند فجوره یکتفی بالجلد، أخذاً بالاطلاق فی الآیه المبارکه بعد اجمال المخصّص المقیّد له کما تقدم.

[۱] ماذکر قدس سره تفریع علی ما تقدّم، من اشتراط العلم بالحرمه فی تعلّق الحد بالزانی والزانیه، والاّ یکون الوطی من اشبهه الدارءه للحدّ.

والمستفاد من کلماتهم فی ملاک وط ء الشبهه یتخلف، وقد ذکر بعضهم أنّ الوط ء المحرم مع الظن بالاباحه هو وط ء الشبهه، واالبعض الآخر أنّ الوط ء غیرالمستحق مع عدم العلم بحرمته وط ء الشبهه.

وبعضهم أنّ الوط ء غیر المستحق مع الاعتقاد بحلیّته وط ء الشبهه، حتی فیما اذا کان مقصراً فی تحصیل ذلک الاعتقاد أو حلیته مقتضی الحکم الظاهری، کما اذا اخبرت بانها خلیه مع احتمال صدقها أو شک فی تحقق الرضاع المحرم، فانّ مقتضی اعتبار قول المرأه أو استصحاب عدم تحقّق الرضاع جواز العقد علیها واستحقاق الوط ء، وأما اذا لم یکن اعتقاد بالحلیه ولا حکم ظاهری بان کان عند العمل محتملاً حرمه الوط ء وعدم استحقاق الاستمتاع بالمرأه، ولم یکن فی البین ما یقتضی عذره فی حرمتها علیه، فالوط ء المزبور مع حرمتها علیه واقعاً زناء، فیترتب علیه تعلق الحد، جلداً کان أم رجماً.

کما یلحق بالزنا ما اذا کان عند العمل غافلاً من حرمه الوطیء ولکن کان

الحدّ، ولو استأجرها للوط ء لم يسقط بمجرده، ولو توهم الحلّ به سقط.

الشَرح:

غفلته بارتكاب المحرم كالسكران، وأمّا اذا لم تكن الغفله ناشئه عن ارتكاب المحرم كطريان الجنون فلا حدّ لعدم التكليف فى حقه.

وقد استظهرنا فيما تقدم أنّ مع الجهل بحرمه المرأه عليه، ولو كان جهله تقصيرياً لا يتعلّق به الحد، لعدم كونه زنا ولا أقل من الشك فى صدقه، بل استظهرنا سقوط الحدّ بالجهل حتى مع الصدق من صحيحه عبدالصمد بن بشير الوارده فى نفى الكفاره عن مرتكب موجبها حتى مع الجهل تقصيراً.

نعم، لا فرق فى تعلق الحدّ بالوطى ء مع علمه عند العمل بحرمه المرأه عليه، بين كون علمه وجدانياً أو تعبدياً حاصلاً من اجتهاده أو تقليده، واحتمال الاختصاص بالأوّل، كما يحتمل فى عباره العلامه قدس سره لا وجه له.

وممّـا ذكرنا ظهر أنّ مجرد العقد على الأُمّ أو غيره بنفسه لا يحسب شبهه ولا كاشفاً عن عدم علم الطوء بالحرمه، وكذلك استيجار المرأه لوطيها، وإذا كان الواط ء من طرف مع الجهل بالحرمه ومن الطرف الآخر مع العلم بها يكون الوطى بالاضافه إلى الجاهل شبهه وبالاضافه إلى العالم بها زنا، ولو تشبهت الاجنبيه بزوجه الرجل فوطئها تعلّق بها الحد دون الرجل.

وفى روايه أبى روح: انّ المرأه تشبهت بأمه الرجل وذلك ليلاً فواقعها، وهو يرى أنّها جاريته، فرفع إلى عمر فارسل إلى على عليه السلام فقال: «اضرب الرجل حدّاً فى السر واضرب المرأه حداً فى العلانيه»(1)، ولا رسالها وضعفها ومخالفتها لماتقدم لا يصلح للاعتماد بها.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 38 من أبواب حدالزنا،الحديث 1:409.

حکم إکراه الباکره علی الزنا

وکذا یسقط فی کل موضع یتوهّم الحلّ، کمن وجد علی فراشه امرأه فظنّها زوجته فوطئها، ولو تشبهت له فوطأها فعلیها الحدّ دونه، وفی روایه: یقام علیها الحد جهراً وعلیه سرّاً، وهی متروکه، وکذا یسقط لو اباحته نفسها فتوهم الحلّ.

ویسقط الحدّ مع الاکراه، وهو یتحقّق فی طرف المرأه قطعاً، وفی تحقّقه فی طرف الرجل تردّد، والا شبه امکانه، لما یعرض من میل الطبع المزجور بالشرع، ویثبت للمکرهه علی الواطی ء مثلُ نسائها علی الاظهر[۱].

الشَرح:

[۱] المنسوب إلی المشهور ثبوت المهر علی الزانی اذا استکره المرأه کثبوته علی واطی المرأه شبهه، والکلام فی المقام فی جهتین.

الأوّلی: اذا کانت المرأه باکره واغتصبها وأزال بکارتها بالدخول بها، ولا ینبغی التأمل فی الفرض، بأنّ علی الزانی فی الفرض ارش بکارتها المقدر بمهر المثل.

وفی موثقه طلحه بن زید عن أبیه، عن علی علیه السلام قال: «اذا اغتصب الرجل أمه فافتضها فعلیه عشر قیمتها، وان کانت حره فعلیه الصداق»(۱).

حکم إکراه الثیب علی الزنا

وثبوت هذا بعنوان ارش البکاره، ولذا یثبت مع ازاله بکارتها بغیر الدخول، فی معتبره السکونی، عن جعفر، عن أبیه، ان علیاً رفع الیه جاریتان دخلتها الحمام وافتضت احدهما الاخری باصبعها فقضی علی التی فعلته عقرها(۲).

والجهه الثانیه: ما اذا استکره الثیب ودخل بها، فان المنسوب إلی الشهره ثبوت مهر المثل علی الزانی فی هذا الفرض، ویستدلّ علی ذلک بوجوه ثلاث.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۵:۴۱۰.

۲- (۲) الباب ۴۵ من أبواب المهمور.

عدم ثبوت الحد على المجنونه

ولاـ يثبت الاحصان الّذى يجب معه الرجم حتى يكون الواطى ء بالغاً حرّاً، ويطأ فى فرج مملوك بالعقد الدائم أو الرق متمكن منه يغدو عليه ويروح، وفى روايه مهجوره: دون مسافه التقصير.

وفى اعتبار كمال العقل خلاف[۱]، فلو وطى ء المجنون عاقله وجب عليه الحدّ رجماً أو جلداً، هذا اختيار الشيخين رحمهما اللّه، وفيه تردّد.

الشَرح:

الاول: ماتقدّم من موثقه طلحه بن زيد المتقدّمه التى ذكرنا أنّها ناظره إلى الجهه الاولى.

الثانى: ما عن الشهيد الثانى وغيره، من أنّ مهر المثل عوض البضع التى استوفاه، وفيه أنّه لم يثبت هذا، فانّ الوارد فى وطى الشبهه هو أنّ على الواطى المهر بما استحلّه من فرجها، وهذا المضمون لا يشمل الاكراه على الزنا.

والثالث: الاخذ باطلاق مادلّ على أنّ الدخول يوجب الغسل فيما وجب فيه الحد، وأنّ مسّ الختانين يوجب الغسل والحدّ والمهر، غايه الأمر يرفع اليد عن اطلاقها فيما إذا كانت المرأه أيضاً مختاره يغنى زانيه لما دل على المهر لبغى.

وفيه أنّه لا تصل النوبه إلى التمسك بالاطلاق المزبور، مع ما ورد فى موثقه اخرى لطلحه بن زيد التى رواها الشيخ والصدوق ، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «ليس على زان عقر، ولا على المستكرهه حدّ»(۱).

فانها ولو بنقل الشيخ غير خاليه عن المناقشه على طريق الصدوق، واطلاق الزانى يعم المكره بالكسر وغيره، وعلى الجمله الالتزام بما عليه المشهور على ماقبل لا يخلو عن صعوبه.

[۱] الظاهرأنّه لا خلاف فى عدم تعلّق الحد بالمجنونه، ويشهد لذلك مضافاً

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حدالزنا، الحديث ۵: ۳۸۳.

....

الشَرح: إلی ارتفاع التکلیف عنها صحیحه محمّد بن مسلم عن احدهما علیه السلام فی امرأه مجنونه زنت، قال: «انهالا تملک امرها لیس علیها شیء»(۱)، ونحوها غیرها، وقد بعضها فی عدم تعلق الحدّ بالمستکرهه.

وأمّا بالاضافه إلی الرجل، فالمشهور أنّ الحدّ لا یتعلق بالمجنون لارتفاع التکلیف عنه، والمنسوب إلی الشیخین والصدوق وبعض آخر أنّه یجری الحدّ علی المجنون، فان کان محصناً رجم وان کان غیر محصن جلد.

ویدّل علی التفرقه بین الرجل والمرأه روایه ابان بن تغلب قال: أبو عبداللّه علیه السلام : «اذا زنی المجنون أو المعتوه جلدالحد وإن کان محصناً رجم، قلت: وما الفرق بین المحنون والمجنونه والمعتوه والمعتوهه، فقال: المرأه انمّا توتی والرجل یأتی، وانمّا یزنی اذا عقل کیف یأتی اللذه»(۲).

ولکنّ الروایه لضعفها بإبراهیم بن الفضل الراوی عن ابان تغلب لا- یمکن الاعتماد علیها، وفی صحیحه فضیل بن یسار قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «لا حدّ لمن لا حدّ علیه، یعنی لو أن مجنوناً قذف رجلًا لم أر علیه شیئاً ولو قذفه رجل لم یکن علیه حد»(۳) وظاهرها عدم الحد علی المجنون، بلا فرق بین حدّ القذف أو غیره، ونحوها موثقه عمار.

ثم انّه اعتبر جماعه فی تعلق الرجم بالرجل کون المزنی بها بالغه عاقله، فلو

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۱:۳۸۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۲:۳۸۸

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۱:۳۳۲

سقوط الحد بمجرد دعوى الزوجيه

ويسقط الحدّ بادّعاء الزّوجيه، ولا يكلّف المدّعى بينه ولا يميناً[۱]، وكذا بدعوى مايصلح شبهه بالنظر الى المدّعى.

الشَرح:

زنى الحر البالغ الـذى له فرج يروح ويغدو عليه بصـبيه أو مجنونه لا يرجم، وذكروا فى وجه ذلك بنقص اللّذه فيالدخول بالصبيه والمجنونه، و بنقص حرمتهـا بالاضـافه إلى البـالغه العـاقله، وبما ورد فى الصبى اذا زنى بالمحصـنه بأنّ الصبى يضـرب دون الحد والمرأه الجلد دون الرجم.

وفى صـحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام فى غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بأمرأه، قال: «يجلد الغلام دون الحد، وتجلد المرأه الحدّ كاملاً، قيل: وان كانت محصنه؟ لا ترجم لانّ الذى نكحها ليس بمدرك ولو كان مدركاً لرجمت»(۱).

حيث يقـال: مقتضـى التعليـل اعتبـار البلـوغ فى المزنى بهـا إذا كـان الزانى بهـا محصـناً، ولكن لاـ يخفى أنّ الـوجهين الاـولين لا يخرجان عن مجرد الاستحسان، والصحيحه لا دلاله لها على حكم صغر المزنى بها مع كون الزانى بها محصناً.

ومقتضـى الاطلاـق فى رجـم المحصن إذا زنى، بـل اطلاـق بعض مـا ورد فى أنّ الرجـل اذا زنى بـالصبيه حـدّ، ثبـوت الرجم مع احصان الرجل، بلا فرق بين بلوغ المزنى بها أو عقلها، وبين صغرها أو جنونها، وبلا فرق بين كون الحدّ جلداً أو رجماً.

[۱] يسقط الحد عن الواط ء أو عن الموطوء بادعاء الزوحيه بينهما، ولا يطالب عن مدعيها البينه على مدعاه أو اليمين على انكاره الزنا، بلا خلاف

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۹ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱:۳۶۲

إحصان المرأه

والاحصـان فی المرأه کالاحصان فی الرجل [۱] لکن یرعی فیهـا کمـال العقـل اجماعاً، فلا رجم ولا حـدّ علی المجنونه فی حال الزنا وان کانت محصنه، وان زنی

الشَرح:

معروف أو منقول، ویشـهد لـذلک ما تقدم من سـماع دعوی المرأه الاسـتکراه علیها، وان علیاً علیه السـلام درأ عنها الحد، حیث یظهر منه أن مع احتمال العذر فی الارتکاب فضلًا عن احتمال عدم الارتکاب لا مورد للحد.

ولکن فی صـحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السـلام فی امرأه تزوحت ولها زوج، فقال: «ترجم المرأه، وان کان للذی تزوجها بینه علی تزوجها وإلّا ضرب الحد»(۱).

وظاهرها علی ما قیل عدم سـماع دعوی الزواج بلا بینه بالتزویج، وقد حملها الشـیخ قدس سره علی کون الرجل متهماً فی دعوی العقد علیها.

أقول: لا یمکن الأخـذ بظاهرها، فان البینه بتزویجها لا تزیـد عن العلم الوجـدانی بالجراء العقـد علیها، وقـد تقـدم أن مجرد اجراء العقـد علی المـدخول بها لا یحسب شـبهه، بل لابـدّ من احتمال انّه لم یکن یعلم بان المرأه ذات بعل، ومع احتماله لا یثبت الزنا، اقام علی العقد بینه ام لم یقم.

وکما أن دعوی الزوجیه مسـقطه للحـد کـذلک دعوی الشـبهه فی الوط ء، فانه مع احتمال الصـدق یسـقط الحـد، کما اسـتظهرنا ذلـک من الروایـات الـوارده فی تزویـج المرأه فی عـدتها أو دعوی الجهـل بحرمه الزنـا مع احتمـاله فی حقه، اضعف إلی ذلک المرسل المشهور فی درأ الحدود بالشبهه.

[۱] یعتبر فی احصان المرأه کونها حره لها زوج دائم عند فجورها وقد دخل

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۹:۳۹۸.

اعتبار الحريه فی إحصان المرأه

....

الشَرح: بهـا وتمكنت هی من زوجها، بمعنی أن زوجها يطالبها بالفعل بحقه منها، المعبر عن ذلك بوصول زوجها إليها ووصولها إلی زوجها.

وعلی الجمله يفترق احصان الرجل عن احصان المرأه فی أمرين:

احدهما: ما تقدم من انّه لو كان الزانی بها صـغيراً لم يتعلق بها الرجم، وقد تقدم أنّ الحكم كذلك لو كان الزانی بها مجنوناً عند جماعه من الاصـحاب، وهذا بخلاف الرجل فانّه قد تقدّم تعلقّ الرجم عليه إذا كان محصـناً، بلا فرق بين كون المزنی بها صـغيره أو كبيره عاقله أو مجنونه.

الثانی: المعتبر فی احصان المرأه تمكّنها من زوجها، بعمنی أنّ زوجها بالعقد الدائم يطلبها بحقه عليها، لا انّها تتمكن من المطالبه بالاستمتاع من زوجهـا متی شـاءت كمـا كان هـذا معتبراً فی أحصان الرجل، فانه لا يجب الاجابه علی زوجها بمطالبتها المزبوره بخلاف الزوجه، فانه تجب عليها الاجابه لزوجها.

ويشهد لما ذكرنا صحيحه أبی عبيده عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: سألته عن امرأه تزوجت رجلًا ولها زوج، قال: «فقال: ان كان زوجهـا الأوّل مقيماً معها فی المصـر التی هی فيه تصل اليه ويصل اليها فانّ عليها ما علی الزانی المحصن، وان كان زوجها الأوّل غائباً أو كان مقيماً معها فی المصر لا يصل اليها ولا تصل اليه فانّ عليها ما علی الزانيه غير المحصنه(۱).

ويدّل علی اعتبار الحريه فی احصانها صحيحه محمّد بن قيس عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱:۳۹۵.

إحصان المطلقه رجعياً

بها عاقل، ولا تخرج المطلّقه رجعيه عن الاحصان[١].

ولو تزوّجت عالمه كان عليها الحد تاماً، وكذا الزوج ان علم التحريم والعده، ولو جهل فلا حدّ، ولو كان احدهما عالماً حدّ حدّاً تامّاً دون الجاهل، ولو ادعى احدهما الجهاله، قيل: إذا كان ممكناً فى حقه.

الشَرح:

أبى جعفر عليه السلام فى مكاتبه زنت إلى ان قال: «وابى ان يرجمها وأن ينفيها قبل ان يبيّن عتقها»(١)، وقريب منها غيرها.

كما يدّل اعتبار العقد الدائم ما تقدّم من عدم حصول الاحصان الاّ بالعقد الدائم والشىء الدائم، وتلك الروايات وان كانت ناظره إلى احصان الرجل، ولكن ظاهرها انّ الاحصان المعتبر فى الرجم لا يحصل بالمتعه، بلا فرق فى ذلك بين الرجل والمرأه، وأمّا اعتبار الدخول بها فقد تقدّم أنّ احصانهنّ ان يدخل بهنّ.

وأمّا اعتبار البلوغ والعقل والاختيار، بمعنى عدم الاكراه، فهى من شروط تعلّق مطلق الحد، سواء كان حدّ الزنا بالجلد أو بالرجم أو حدّ غيره.

[١] بلا خلاف معروف أو منقول، ويكفى فى تعلق الرجم بكلّ من الرجل والمرأه ما دل على أنّ المطلقه رجعيه زوجه فيترتب احكامها، ومنها تعلق الرجم بزنا كلّ منها مع علمه بالحكم والموضوع.

ويمكن المناقشه فى هذا الاستدلال بأن مع الطلاق ولو رحعياً يرتفع ما يعتبر فى الاحصان، من وصول الرجل إلى المرأه ووصولها اليه، وكون الزوج بحيث يغدو ويروح عليها، خصوصاً إذا كانت هى الزانيه.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب حدالزنا، الحديث ٣:۴٠۴.

... .

الشَرح: ویمکن الاستدلال علی الحکم بصحیحه یزید الکناسی، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن امرأه تزوّجت فی عدتها، فقال: «ان کانت تزوّجت فی عده لیس لزوجها علیها الرجعه، فانّ علیها حدّ الزانی غیر المحصن، وإن کانت تزوجت فی عده بعد موت زوجها من قبل انقضاء الاربعه اشهر والعشره ایام فلا رجم علیها، وعلیها الضرب مائه جلده»(۱).

وفی موثّق عمار بن موسی الساباطی عن أبی عبداللّه علیه السلام عن رجل کانت له امرأه فطلّقها أو ماتت فزنی، قال: «علیه الرجم، وعن امرأه کان لها زوج فطلّقها أو مات ثم زنت علیها الرجم؟ قال: نعم»(۲).

ویتعیّن حمل الطلاق فیها علی الطلاق الرجعی، للتفصیل الوارد فی صحیحه یزید الناسی، وأمّا الزنا بعد موت الزوج الوارد فی الموثقه فلا بدّ من طرحه، لمعارضته لماورد فی صحیحه یزید الکناسی، وموافقه الصحیحه لما فی الکتاب المجید، من الاطلاق الدال علی أنّ حدّ الزانی والزانیه مائه جلده.

وممّا ذکرنا یظهر الحال فی روایتی علی بن جعفر،عن أخیه علیه السلام قال: «سألته عن رجل طلق أو بانت امرأته ثم زنی ماعلیه؟ قال: الرجم»(۳)، وسألتع عن امرأه طلقت فزنت بعد ما طلقت هل علیها الرجم؟ قال: «نعم»(۴).

فانّه لا بدّ من حمل الطلاق فیهما علی الرجعی، وأمّا ما ورد من الرجم فیما

ص: ۴۴

۱- (۱) الوسائل:۱۸ الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۳:۳۹۶.

۲- (۲) الوسائل:۱۸ الباب ۲۷ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۸:۳۹۸.

۳- (۳) الوسائل:۱۸ الباب ۶ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۱:۳۵۷.

۴- (۴) الوسائل:۱۸ الباب ۶ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۲:۳۵۷.

إحصان المطلقه خلعاً

ويخرج بالطلاق البائن عن الاحصان، ولو راجع المطلق المخالع لم يتوجّه

الشَرح: إذا بانت امرأته ثم زنى، فيطرح كما عرفت، هذا مع المناقشه فى سندهما.

ثم انّه قد ذكرنا عدم خروج الرجل عن الاحصان بطلاق زوجته بطلاق رجعى، وانّه لو زنى الزوج قبل انقضاء عده زوجته تعلّق به الرجم، ولكن حيث ذكر الماتن فى العباره العلم بالتحريم والعده فسره فى الجواهر بالزوج الثانى وانه لو كان هذا الزوج جاهلاً بانّ المرأه ذات عدّه أو جهل عدم جواز تزويج المعتده لم يثبت عليه الحد والاّ ثبت، سواء كان جلداً أو رجماً.

ولو ادعى أحدهما الجاهله بعدّتها أو بحرمه التزويج فى العده، وكانت الجهاله محتمله فى حقه، سمعت الدعوى، على ما تقدم من كون الجهاله موجبه لسقوط الحد.

الدخول المحقق للإحصان

وذكر الماتن قدس سره أنّ الطلاق البائن، ومنه الطلاق الخلعى يوجب خروج المرأه والرجل عن الاحصان، واذا رجعت المرأه فى بذلها يحدث الزوجيه بينهما برجوعها إلى بذلها، فما لم يدخل بها بعد هذه الزوجيه لا يتعلّق بزناه الرجم، وكذا بزنا المرأه حيث أنّه لا احصان إلاّ بالدخول بها.

وكذا كلّ من كانت له زوجه دائمه، ولكن كان عند دخوله بها غير واجد لما يعتبر فى تعلّق الحد بالزانى، كما اذا كان عند دخوله بها صغيراً أو مجنوناً أو عبداً، فانّه إذا زنى بعد بلوغه أو افاقته أو حريته يعتبر فى تعلق الرجم بزناه دخوله بزوجته الدائمه بعد بلوغه أو افاقته أو حريته.

كما يشهد لذلك ما ورد فى عتق العبد المزوج من حرّه، من أنّه لا رجم عليه حتى يواقع الحره بعد ما يعتّق.

ثبوت الحد على الأعمى وتحقق الشبهه مع العمى

عليه الرجم إلاّ بعد الوطى ء، وكذا المملوك لو اعتق و المكاتب اذا تحرر.

ويجب الحدّ على الاعمى[١]، فان ادعى الشبهه، قيل: لا يقبل، والاشبه القبول مع الاحتمال.

ويثبت الزنا بالاقرار أو البيّنه، امّاالاقرار فيشرط فيه بلوغ المقر وكماله والاختيار والحريه[٢]،

الشَرح:

[١] لاطلاق ما دل على تعلّق الحد بالزاني واالزانيه وتعلق الرجم بالمحصن والمحصنه، ولم يعرف بل ولم ينقل خلاف في ذلك عن اصحابنا، نعم المحكى عن الشيخين وابن البراج وسلاّر عدم قبول دعوى الشبهه من الاعمى، ولم يعلم دليل على ذلك، والمحكى عن ابن إدريس قبول دعواه الشبهه بشهاده الحال بها ادعاه، بأن تكلم المرأه مماثلاً مع تكلم زوجته وجسمها مماثلاً لجسم امرأته من حيث السمن وعدمه والمحكى عن بعض سماع دعوى الشبهه إذا كان عدلاً، وكلّ ذلك مما لا وجه له مع احتمال صدقه، فانّه مع احتمال العذر لا يجرى على انسان حدّ، والاعمى وغيره في ذلك سواء.

ثبوت الزنا بالإقرار والبينه

[٢] يثبت موجب الحدّ باعترف المرتكب أو قيام البيّنه على ارتكابه، ويعتبر في نفوذ الاقرار بلوغ المقرّ وكمال عقله وعدم الاكراه عليه في اقراره وعدم كونه رقاً.

أمّا اعتبار البلوغ، فلأنّ الصبى مرفوع عنه القلم لا يؤخذ على أمره ومنه اقراره، ولكن يؤدّب لكذبه أو صدور الفعل عنه، وممّا ذكر يظهر الحال في اعتراف المجنون ولا أثر لاقراره، وموضوع النفوذ اقرار العاقل.

وذكروا في نفوذ الاقرار الاختيار، فانّ اعتراف المكره عليه بلا خلاف يعرف، لحكومه حديث رفع عن امتى ما استكرهوا عليه، لا اثر له.

....

الشَرح: وفى خبر أبى عبدالله عليه السلام : «انّ أميرالمؤمنين عليه السلام قال: من أقرّ عند تجريد أو حبس أو تهديد فلا حدّ عليه»(۱).

والمنفى نفوذ الاقرار عن اكراه وتخويف وثبوت الواقع به، وأمّا إذا احرز الواقع بالقرائن على صدق اعترافه، فهذا أمر آخر غير مربوط بنفوذ الاقرار، كما أنّه لو احرز الارتكاب بغير اقراره، ولكن طولب منه الاقرار، ولو بالتخويف والتهديد لقطع عذره وقطع السبيل عنه فى دعوى أنّ اجراء الحد عليه من الظلم، فلا بأس.

وفى صحيحه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل سرق فكابر عنها فضرب فجاء بعينها هل يجب عليه القطع، قال: «نعم، ولكن لو اعترف ولم يجى ء بالسرقه لم تقطع يده لأنّه اعترف علىالعذاب»(۲).

والتعليل فيها مقتضاه عدم اثر للاعتراف مع العذاب ونحوه، إلاّ اذا احرز وقوع الارتكاب، فانّ المجى ء بالعين بالمباشره لا خصوصه له، كما لا يخفى .

ويعتبر فى نفوذ الاقرار كون المقر حرّاً، فلا اعتبار باعتراف العبد بزناه، إلاّ أن يصدّقه مولاه، بلا خلاف عندنا، حيث إنّ الاقرار ينفذ على المقر دون غيره، فاقراره على نفسه اعترف على مولاه فانّه مملوكه، فاجراء الحد عليه تصرّف فى ملك الغير، بل ربمّا يعد الحد الجارى عليه عيباً، بل ثبوت زناه عيباً يوجب سقوطه أو تنزلّه عن القيمه التى لمولاه.

ومع الغض عمّا ذكر يشهد للحكم صحيحه الفضيل بن يسار قال: سمعت

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالسرقه، الحديث ۲:۴۹۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حدالسرقه، الحديث ۱:۴۹۷.

....

الشَرح: أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا اقر المملوك على نفسه بالسرقه لم يقطع وان شهد عليه شاهدان قطع»(۱).

وقد يقال بنفوذ اقرار المملوك على نفسه، ويتبع به بعد عتقه أو انعتاقه، ولا يقاس باقرار الصبى، حيث لا يتبع به بعد بلوغه، والفارق أنّ اعتراف الصبى ملغى بخلاف اعتراف العبد، فانّ عدم سماعه لكونه اقراراً على الغير لا لسلب اعتبار كلامه، وفيه ما لا يخفى، فانّه بعد عتقه لم يعترف، وما اعترف به كان على مولاه فلا ينفذ، نعم لو اعاد اعترافه بعد عتقه ينفذ.

هذا كله مع عدم تصديق مولاه، وأمّا مع تصديقه اعترافاً من المولى على نفسه فينقذ، وعلى هذا تحمل صحيحه ضريس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا أقرّ العبد على نفسه عند الإمام مره أنّه قد سرق قطعه، ولأمه إذا أقرت بالسرقه قطعها»(۲).

وكذا صحيحه الفضيل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام : «من اقرّ على نفسه عند الإمام بحق من حدود اللّه مرّه واحده حرّاً أو حرّه كانت أو أمه، فعلى الإمام ان يقيم الحد الذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان إلاّ الزانى المحصن، فانه لا يرجمه حتى يشهد عليه أربعه شهداء، فاذا شهدوا ضربه الحد مائه جلده ثم يرجمه»(۳).

مع أنّ مضمون هذه غير مطابق للمذهب من جهات تأتى الاشاره اليها،

ص: ۴۸

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب۳۵ من أبواب حدالسرقه، الحديث ۱:۵۳۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدالسرقه، الحديث ۲:۴۸۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب۳۲ من مقدمات الحدود، الحديث ۱:۳۴۳.

وتكرار الاقرار اربعاً فی أربعه مجالس[۱]. ولو اقر دون الاربع لم یجب الحدّ ووجب التعزیر، ولو اقر اربعاً فی مجلس واحد قال فی الخلاف والمبسوط: لم یثبت، وفیه تردد.

الشَرح:

وعلی الجمله قیاس اعتراف العبد بزناه باعترافه باتلاف مال الغیر، فانّ اتلافه یکون علیه لا علی مولاه فیثبت الضمان علیه، غایه الأمر یستوفی بعد عتقه، غیر صحیح ،فانّ اعترافه بزناه اعتراف علی مولاه کما تقدم، ولذا لو صدق العبد مولاه فی اتلاف مال الغیر لا یکون ضمانه علی المولی، بخلاف جنایته علی تقدیر تصدیقه.

[۱] یقع الکلام فی المقام فی جهتین:

الاولی: عدم کفایه الاقرار مرّه أو أقل منا الاربعه فیثبوت الزنا، ولم یعرف الخلاف ألاّ عن ابن أبی عقیل، فانّ المنسوب الیه کفایه الاقرار مرّه، کما حکی ذلک عن أکثر العامه، ولا فرق فی عدم الکفایه بین کون الحد جلداً أو رجماً.

الثانیه: کون التکرار فی أربعه مجالس، وأنّه لا یکفی تکراره فی مجلس واحد.

وأمّا الجهه الأوّلی: فقد اشرنا إلی أنّ المشهور عند اصحابنا قدیماً وحدیثاً عدم الثبوت بالاقرار مرّه، ویدل علی اعتبار التکرار بأربع مرّات، سواء کان الزنا موجباً للجلد أو الرجم صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام فی رحل قال لامرأته: یا زانیه انا زنیت بک، قال: «علیه حدّ واحد لقذفه ایاها، وامّا قوله: انا زنیت بک فلا حدّ فیه الاّ ان یشهد علی نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حدالقذف، الحدیث ۱: ۴۴۶.

....

الشَرح: وفى مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام فى رجل قال لامرأته يا زانيه، قالت: انت ازنى منى، فقال: «عليها الحد فيما قذفت به، وأما اقرارها على نفسها فلا تحد حتى تقرّ بذلك عند الإمام أربع مرّات»(١).

ومقتضاهما عدم الفرق بين الزنا الموجب للحد أو الرجم، فى أنّ ثبوته يكون بالاقرار بأربع مرّات عند الإمام.

ويدل على ذلك أيضاً صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: اتى رجل بالكوفه أميرالمؤمنين عليه السلام فقال: انى زنيت فطهرنى، قال: «ممّن انت، قال: من مزنيه، قال: أتقرأ من القرآن شيئاً، فقال: بلى، قال: فاقرأ، فاقرأ فاجاد، فقال: أبك جنه، قال: لا، قال: فاذهب عنى حتى نسأل عنك إلى ان قال: فرجع اليه الرابعه، فلما اقرّ قال أمير المؤمنين عليه السلام لقنبر: احتفظ به ثم غضب، وفيه أنّه رجمه»(٢).

وحه الدلاله أنّه لو كان الاقرار مرّه كافيه فى ثبوت الجلد لما كان لتأخير الحد وجه، والسؤال عن صحه عقله كان بعد الاقرار الاوّل.

ويدل أيضاً على اعتلبار الاقرار بأربع مرات صحيحه خلف بن حماد، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، المتضمنه لحكايه امرأه أتت أميرالمؤمنين عليه السلام : فقالت: «يا أميرالمؤنين انى زنيت فطهرنى طهرك اللّه، فانّه عليه السلام ذكر فيها انّ اقرارها كل مرّه بمنزله شهاده واحده»(٣).

ومن الظاهرها، وان كان أنّ الزنا لا يثبت بأقلّ من شهاده الاربع، كما هو

ص :۵۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد القذف، الحديث ۳: ۴۴۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۳۷۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۶، الباب ۱۳ من أبواب حد الزنا،الحديث ۱: ۳۷۷.

....

الشَرح: مدلول الآيه فی القذف، وعلی الجمله فالحکم ممّا لا ینبغی التأمل فیه.

وأمّا صحیحه الفضیل قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «من أقر علی نفسه عندالإمام بحق من حدود اللّه مره واحده حراً کان أو عبد، أو حره کانت أو أمه، فعلی الإمام أن یقم الحد للذی اقر به علی نفسه، کائناً من کان الّا الزانی المحصن، فانّه لا یرجمه الّا ان یشهد علیه أربعه شهدوا علیه ضربه الحد مأه جلده ثم یرجمه»(۱).

فظاهرها، وان کان کفایه الاقرار مرّه فی ثبوت الجلد، إلّا آنهامرهونه بظهورها فی عدم ثبوت موجب الرجم بالاقرار، بل یعتبر فی ثبوته شهاده الاربع، ومعه یجلد ثم یرجم، مرهونه أیضاً بظهورها فی نفوذ الاقرار العبد والأمه، وهذه الامور مخالفه للمذهب کما اشرنا سابقاً.

نعم یمکن رفع الید عن اطلاقها بالاضافه إلی الاقرار مره وعدم سماع الاقرار فی موجب الرجم اصلًا، وکذا فی سماع اقرار العبد والأمه، ومعه لا یصلح للاعتماد علیها فی توجیه ما نسب إلی ابن أبی عقیل کما لا یخفی.

ثم انّ المحکی عن الشیخین وابن ادریس والعلامه أنّه باقراره عاص، فیستحقّ التعزیر إذا لم یتم أربع مرات، ولکن لا یخفی ما فیه، فانّه لا یحرز باقراره دون الاربع ثبوت الزنا، والفعل الحرام الآخر غیر محرز، حتّی لو قیل بأنّ اظهار المعصیه، فانّه لو کان قاصداً الاقرار أربع مرات لتطیره بالحدّ، کما هو الفرض، لم یکن فی الاظهار معصیه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب حد القذف، الحدیث ۳: ۴۴۷.

ويستوى فى ذلک الرجل والمرأه[۱]، وتقوم الاشاره المفيده لاقرار فى الشَرح: أمّا الجهه الثانيه: وهى تعدد المجالس فى أربع مرات، فالمحكى عن الشيخ فى الخلاف والمبسوط اعتبار وقوع كلّ اقرار فى مجلس، وعن ابن أبى حمزه لا يثبت الزنا بالاقرار بأربع مرات مع عدم تعدّد المجلس.

ويستدلّ على ذلک بما وقع من وقوع الاقارير فى المجالس عند النبى صلى الله عليه و آله وسلم ،وعند على عليه السلام ، ولكن لا يخفى أنّ وقوعها فى مجالس متعدّده لا يدلّ على اعتبار المجالس، ومقتضى الاطلاق فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه وغيرها عدم اعتبارها، ولعله لذلک ذهب المشهور إلى عدم الاعتبار.

اضف إلى ذلک أنّه لا يظهر من المحكى عن قضيه ما عز كون اعترافه فى أربعه مجالس، وكذا قضيه المرأه التى أتت علياً عليه السلام ، فراجع ما رواه الكينى، عن على بن ابراهيم، عن محمّد بن عيسى، عن يونس، عن ابان، عن أبى العباس، عن أبى عبداللّه عليه السلام (۱)، وما رواه الصدق قدس سره بسنده عن يونس بن يعقوب، عن أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام (۲).

[۱] لا فرق بين الرجل والمرأه فى أنّ ثبوت زناها كالرجل يحتاج إلى اعترافها بأربع مرات، ويشهد لذلک ما وقع عند أميرالمؤمنين عليه السلام من اعتراف المرأه بزناها أربع مرات وقوله عليه السلام «اللّهم انه ثبت عليها أربع شهادات»، والمؤيّد بمرسله الصدوق المتقدّمه، فانّ فيها: «اما اقرارها على نفسها فانّها لا تحدّ حتّى تقر بذلک عند الإمام أربع مرّات».

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵، من أبواب حدالزنا، الحديث ۲: ۳۷۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶، من أبواب حدالزنا، الحديث ۵: ۳۸۰.

الأخرس مقام النطق [۱].

ولو قال: زنیت بفلانه لم یثبت الزنا فی طرفه حتی یکرّره أربعاً، وهل یثبت القذف للمرأه، فیه تردد[۲].

الشَرح:

[۱] بلا خلاف منقول أو معروف، کما هو الحال فی سائر انشاءاته واخباراته، وبتعبیر آخر مع الاشاره المفهمه إلی ارتکابه الفاحشه بأربع مرات یصدق أنّه اعترف بزناه أربع مرّات.

وذکر فی الجواهر کفایه مترجمین لترجمه اشارته، کما یکفی شاهدان باعتراف المعترف الناطق، ولا یکفی مترجم واحد لأنّ الترجمه شهاده علی اقرار الاخرس، لا روایه عن اقراره لیکتفی بالواحد.

أقول: إذا اعترف الأخرس فی حضور الحاکم ولم یظهر للحاکم مراده من اشارته لا تعدّ ترجمه المترجم للحاکم شهاده باعترفه بل مبیّنه لمراده من اشارته، ومع کونه ثقه أو عدلاً وله عرفان باشارات الأخرس یکون التعدّد احتیاطاً فی اجراء الحدّ.

وامّا الشاهدان باعتراف الناطق، فیتعیّن حمل کلامه علی ما إذا شهد کلّ من العدلین علی اعتراف الناطق عند الحاکم الآخر، والاّ فالاعتراف عند غیره لا یثبت موجب الحد، کما ورد ذلک فی صحیحه محمّد بن مسلم المتقدّمه، حیث ذکر سلام اللّه علیه فیها: «وأمّا قوله: انا زنیت بک فلا حدّ فیه الاّ أن یشهد علی نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام».

[۲] بعد ما تبیّن من أنّ ثبوت الزنا یحتاج إلی الاعتراف بأربع مرّات، یقع الکلام فی أنّه إذا عیّن المقر فی اعترافه ولو مره واحده المرأه المزنی بها بأن قال: زنیت بفلانه، فهل یتعلّق بالمقر حدّ قذف المرأه أو لا یثبت القذف، حتی وان کرره

....

الشَرح: أربع مرات.

ويقـال فى وجه التعلّق أنّ قوله زنيت بفلانـه كمـاأنّه اعـتراف بزنـاه كـذلك رمى المرأه المزبوره بالفـاحشه، وقـد ورد فى معتـبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام : قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : «لا تسألوا الفاجره من فجر بک، فكما هان عليها الفجور يهون عليها أن ترمى البرى ء المسلم»(۱)، حيث ان رميها عباره اخرى عن تعيين الزانى بها.

وفى معتبرته الاخرى عن على عليه السـلام قال: «اذا سألت الفاجره من فجر بك فقالت: فلان، جلـدتها حدين: حدّاً للفجور وحدّاً لفريتها على الرجل المسلم»(۲).

ولكن لاـ يخفى عـدم دلاـله الروايتين على أنّ اعتراف الرجل بانى زينت بفلانه رمى للمرأه بالزنا، وذلك فانّ قول المرأه زنى بى فلاـن قـذف للرجـل المزبور، بخلاـف قول الرجـل: زنيت بفلانه، فانّ هـذا لا يتضـمن رمى المرأه بالزنا، حيث لم يسـند الزنا إلى المرأه بل إلى نفسه لاحتمال اشتباهها، بخلاف قولها: زنى بى فلان، فانّه اسناد الزنا إلى الرجل.

وممّا ذكر يظهر أنّ القذف فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه من قول الرجل لامرأته: يا زانيه أنا زنيت بک، هو قوله: يا زانيه، وامّا قوله: انا زنيت بک، فلا دلاله له على رميها بالزنا.

نعم، ذكر جماعه منهم صاحب الجواهر قدس سره انّه يثبت بقول الرجل: زنيت

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۴۱ من أبواب حدالزنا، الحديث ۱: ۴۱۱.

۲- (۲) الوسائل:۱۸، الباب ۴۱ من أبواب حدالزنا، الحديث ۲: ۴۱۱.

ولو أقر بحد ولم يبينه لم يكلّف البيان وضرب حتّى ينهى عن نفسه[۱]. وقيل: لا يتجاوز به المأه ولا ينقص عن ثمانين، وربما كان صواباً فى طرف الكثره، ولكن ليس بصواب فى طرف النقصان، لجواز أن يريد بالحد التعزير.

الشَرح:

بفلانه، التعزير عليه لهتكه حرمتها وايذائها.

أقول: لو قال: زنيت بفلانه وهى مكرهه أو شبهه، أو قال: وطأتها بوط ء الشبهه، فاللازم الالتزام بالتعزير عليه، لعين ماذكر من هتكها وايذائها، وقد حكى عن الشيخين انّه مع التزامهما بأنّ قوله زنيت بفلانه قذف، أنّه لو فسّر كلامه بالاكراه عليها أو اشتباهها لم يكن قذفاً ولكن يثبت التعزير، وظاهر هذا المحكى التزامهما بالتعزير ولو لم يقصد الايذاء والهتك، اللّهم الاّ أن يقال: إنّ ثبوت التعزير ولو مع عدم قصد الايذاء والهتك اما للافتراء عليها أو اغتيابها.

[۱] الواجب على الحاكم اقامه الحدّ مع ثبوت موجبه، وأن يكون له حق العفو فى موارد ثبوته بالاقرار، ولكن الاقرار بثبوت الحد عليه بنحو الاجمال لا يكون من ثبوت الموجب، حيث يكون المعتبر فى بعض الموجبات الاقرار باربع مرّات، وفى بعضها بمرتين، وفى بعضها يكفى الاقرار مرّه، فالاقرار بالحد عليه بنحو الاجمال لا يثبت شيئاً منها، هذا مع الاغماض عن احتمال كون مراده ما يوجب التعزير.

ودعوى أنّ الحاكم تكليفه ببيان الحد، المراد أخذاً بما دلّ على عدم جواز تعطيل الحدود والتأخير فى اقامتها كماترى، بعد ما ذكرنا من عدم ثبوت موجبه.

ولا يقاس هذا الاقرار بما إذا أقرّ أنّ يكلّف بالبيان، وذلك فانّ على الحاكم فصل الخصومه بين الناس والعيال حق بعضهم اليه من بعض ،بخلاف الحدود فانّها مبتيّه على التخفيف والممانعه عن ثبوت موجبها، كمايظهر ذلک من ممانعه

....

الشَرح: النبی صلی الله علیه و آله وسلم وعلی علیه السلام عن تمام الاقرارات.

بل فی موثقه أبی العباس قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام أتی النبی صلی الله علیه و آله وسلم رجل فقال انی زنیت، إلی ان قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله وسلم «لو استتر ثم تاب كان خیراً له»(۱).

وعلی الجمله، مقتضی القاعده الاوّلیه أنّه لیس علی الحاكم مع احمال اقراره الأمر بالبیان ولا اجراء الحد، نعم لا بأس بأمره بالبیان أو یبیّن المقرّ مراده، حیث یستفاد من الموثقه أنّ المرتكب یجوز له أن یطالب باجراء الحد علیه، ولكن فیالبین روایه یستفاد منها ما ذكر فی المتن، من أنّه یجری علی المقرّ الجلد حتّی ینهی عن نفسه، وهی صحیحه محمّد قیس عن أبی جعفر، عن أمیرالمؤمنین علیه السلام فی رجل اقرّ علی نفسه بحدّ ولم یسّم أیّ حدّ هو قال: «أمر ان یجلد حتی یكون هو الذی ینهی عن نفسه فی الحدّ»(۲).

وقد عمل بظاهرها جماعه، منه القاضی والشیخ قدس سره ولكن ناقش فیها فی المسالك بضعف السند، لاشتراك محمّد قیس الّذی یروی عن أبی جعفر علیه السلام بین أبی النصر الاسدی وبین أبی احمد الاسدی الّذی لم یثبت له توثیق، وفیمجمع البرهان فی سندها سهل بن زیاد.

ولكن المناقشه ضعیفه لأنّ قضایا أمیرالمؤمنین علیه السلام نقلها أبو النصر الاسدی المكنی بأبی عبداللّه عن أبی جعفر، وهذه من قضایاه علیه السلام ، بقرینه روایه عاصم بن حمید عن محمّد بن قیس، ورواها الكلینی عن عبدالرحمن بن ابی نجران، عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۵: ۳۲۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۱۸.

....

الشَرح: عاصم بطريقين سهل بن زياد فى احدهما، والطريق الآخر على بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبى نجران.

وناقش فى المسالك فى دلالتها أيضاً، بأنّ الجلد إلى أن ينهى عن نفسه أمّا حدّ أو تعزير، فان كان حدّاً فلابدّ من الاكتفاء بأقلّ الحدود، مع أنّ مدلولها يجلد إلى أن ينهى عن نفسه، بلا فرق بين نهيه، قبل إكمال أقلّ الحدّ أو بعد تجاوز أكثره، مع أنّ الحدود ليست كلّها من قبيل الأقلّ والاكثر، ولا متساويه فى الثبوت بالاقرار بمرّه وإن كان تعزيراً فالتعزير منوط بنظر الحاكم لا بنظر من يجرى عليه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ التعزير يمكن أن يكون فى مورد الاقرار بالحدّ مجملاً منوطاً بنهى من يجرى عليه التعزير فى مقداره.

وأمّا دعوى أنّها معارضه بخبر انس من طرق العامه، قال: كنت عند النبى صلى الله عليه و آله وسلم فجاءه رجل فقال يا رسول اللّه انى اصبت حدّاً فاقمه علىّ ولم يسمه فحضرت الصلاه فصلّى النبى صلى الله عليه و آله وسلم الصلاه فقام اليه الرجل فقال يا رسول اللّه انى اصبت حدّاً فاقم فىّ حدّ اللّه قال: «أليس صليت معنا قال: نعم قال: فانّ اللّه غفر ذنبک وحدک»(۱)، فلا يخفى ما فيها لضعفه واحتمال عفوه صلى الله عليه و آله وسلم .

وفى المرسل المروى فى المقنع: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بحد ولم يبين أى حدّ هو ان يجلد حتى يبلغ الثمانين ثم قال ولو اكملت جلدک مائه ما ابتغيت عليه بنيّه غير نفسک(۲).

ص: ۵۷

۱- (۱) صحيح البخارى ج ۸ ص ۲۰۷.

۲- (۲) مستدرک الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من مقدمات الحدود، الحديث ۲:۱۵و۱۰ الباب العاشر من مقدمات الحدود.

حد التقبيل والمضاجعه تحت لحاف واحد

وفی التقبیل والمضاجعه فی ازار واحد والمعانقه روایتان[۱]، احدهما: مأه جلده، والاخری: دون الحدّ، وهی اشهر.

الشَرح:

ولـذا ذکر ابن ادریس: لاـ یتجاوز به المـائه ولاـ ینقص عن ثمانین، ولکن لا یخفی ما فیه لضـعفه بالارسال ومعاوضه بالصـحیحه وعدم عمل المشهوربه، فلا یمکن الاعتماد علیه والعمل به، خصوصاً من ابن ادریس الّذی لا یعمل باخبارالآحاد.

ودعوی أنّ أقل الحـد ثمانون واکثره مائه غیر مقیـده، لأنّ أقلّ الحد وهو حدّ القیاده خمسه وسـبعون جلده ویثبت بالاقرار بمرتین عنـد المشـهور، مع أنّ الاـقرار بالحـد یعم اراده التعزیر، فالاـظهر الأخـذ بظـاهر الصـحیحه والالتزام بانّه یتعلّق الجلـد بالمقر بالحدّ اجمالاً إلی ان ینهی عن نفسه، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّ فی الاستماع بالاجنبیه إذا کان بغیر الجماع کالتقبیل والمضاجعه فی ازار واحد والمعانقه روایتین، احـداهما: انّه یتعلّق بکلّ من الرجل والمرأه الحدّ الادنی للزنا، یعنی الجلد بمائه سوط، وثانیهما: انّ المتعلّق بکلّ منهما دون الحد المزبور، ولکن الروایات الوارده فی المقام کلّها فی وجدان الرجل والمرأه تحت لحاف واحد أو ثوب واحداً وفراش واحد.

وصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «حدّ الجلد أن یوجدا فی لحاف واحد، والرجلان یجلدان إذا وجدا فی لحاف واحد، والمرأتان تجلدان إذا أخذتا فی واحد»(۱).

۱- (۱)الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۱: ۳۶۳.

....

الشَرح: وفی صحیحه عبداللّه بن سنان: «حدّ الجلد فی الزنا ان یوجدا فی لحاف واحد والرجلان یوجدان فی لحاف واحد، والمرأتان توجدان فی لحاف واحد»(۱)، وفی صحیحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «کان علی علیه السلام اذا وجد الرجلین فی لحاف واحد ضربهما الحد، واذا أخذ المرأتین فی لحاف ضربهما الحد»(۲)، وفی صحیحه عبدالرحمن بن أبی عبداللّه قال: قال ابو عبداللّه علیه السلام : «اذا وجد الرجل والمرأه فی لحاف واحد قامت علیهما بذلک بینه ولم یطلع منهما علی سوی ذلک جلد کل واحد منهما مائه جلده»(۳).

إلی غیر ذلک ممّا لا یسفاد منها حکم غیر الاجتماع تحت لحاف وازار، وفی مقابل ذلک طائفتان:

احدهما: نفی اجراء الحد الثابت فی الزنا کصحیحه معاویه بن عمار، قال: قلت لابی عبداللّه علیه السلام : «المرأتان تنامان فی ثوب واحد؟ فقال: تضربان، فقلت: حدّاً؟ قال: لا، قلت: الرجلان ینامان فی ثوب واحد، قال: یضربان، فقلت: الحد؟ قال: لا»(۴).

وهذه الصحیحه وان لم تتضمن حکم اجتماع الرجل والمرأه فی ثوب واحد، الّا أنّ ملاحظه الروایات الوارده فی نوم الرجلین أو المرأتین أو الرجل والمرأه یوجب الجزم بعدم الفرق فی الحکم بین الصور الثلاث.

ص: ۵۹

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۴: ۳۶۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۶: ۳۶۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدالزنا، الحدیث ۹: ۳۶۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱۶: ۳۶۷.

....

الشَرح: والطائفه الثانيه: ما عيّن دون الحد بمائه جلده إلّا جلده، وفى موثقه ابان بن عثمان قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «انّ علياً عليه السلام اذا وجد امرأه مع رجل فى لحاف واحد جلد كل واحد منهما مائه سوط غير سوط»(۱).

وفى صحيحه حزير عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان عليّاً عليه السلام وجد رجلًا وامرأه فى لحاف واحد فضرب كلّ واحد منهما مائه سوط الّا سوطاً»(۲)، وفى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «كنت عند أبى عبداللّه عليه السلام فدخل عليه عبادالبصرى ومعه اناس من اصحابه، فقال له: حدثنى عن الرجلين اذا أخذا فى لحاف واحد، فقال له: كان على عليه السلام إذا أخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد، فقال له عباد: انّك قلت لى غير سوط، فاعاد عليه ذكر الحديث حتى اعاد ذلك مراراً، فقال: غير سوط، فكتب عند ذلك القوم الحضور الحديث»(۳).

وظاهرها أنّ الإمام عليه السلام كان ممتنعاً عن بيان أنّ الجلد أقل من الحد بسوط، ولعلّه كان لرعايه التقيه، وبعد ما اصّر على السؤال وكرّره ذكره الإمام كونه أقل من الحد بسوط.

وعلى هذا فتكون هذه الطائفه مقيّده للطائفه الداله على نفى حدّ الزنا، ومقيده ايضاً لما دل على أنّ الجلد مائه سوط، حيث يقيد بانّه الّا سوطاً، ولو لم يكن الجمع المزبور تطرح ما دلّ على اجراء حدّ الزنا لكونها موافقه لمذهب العامه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۹: ۳۶۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲۰: ۳۶۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۳۶۳.

....

الشَرح: والمتحصّيل أنّ الاجتماع فى لحاف واحد أو ازار أو ثوب واحد، وان لا ينفكّ غالباً عن بعض سائر الاستمتاع، الّا أنّ ثبوت الجلد بمائه الاّـ سوطاً اذا حصل الاجتماع، وامّـا إذا تجرد بعض تلك عن الاجتماع تحت ساتر واحد فالمتعيّن الأخذ باطلاقات التعزير لخروجه عن موضع هذه الاخبار.

ولكن المنسوب إلى المشهور فى المقام التعزير حتى فى الا جتماع فى ثوب واحد، وقيل: أنّه لا يقلّ عن ثلاثين سوطاً ولا يزيد على تسعه وتسعين.

ويستدلّ على ذلك بروايه سليمان بن هلال قال: سأل بعض اصحابنا أبا عبداللّه عليه السلام فقال: جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد، فقال: «ذو محرم؟، فقال: لا فقال: من ضروره، قال: لا، قال: يضربان ثلاثين سوطاً ثلاثين سوطاً قال: فانه فعل، فقال:ان كان دون الثقب فالحدّ وان هو ثقب اقيم قائماً ثم ضرب ضربه بالسيف منه ما أخذ، قال: فقلت له: فهو القتل، قال: هو ذاك، قلت: فامرأه نامت مع امرأه فى لحاف، فقال: ذواتا محرم، قلت: لا، قال: من ضروره؟ قلت: لا، قال: تضربان ثلاثين سوطاً، قلت: فانّها فعلت، قال: فشقّ ذلك عليه، فقال: أفّ أفّ ثلاثاً، وقال الحدّ»(۱).

وفيه انّه مع ضعف سندها، وكونها ناظره إلى غير فرض نوم الرجل والمرأه، لا يمكن العمل بها فى المقام وغيره أيضاً، لما تقدّم من الروايات الداله على حكم احتماع الرجلين والمرأتين، واجتماع الرجل والمرأه تحت ثوب واحد.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ ظاهر عباره الماتن قدس سره كون الرجل والمرأه

ص :۶۱

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲۱: ۳۶۸.

....

الشَرح: مجردين لا كاسيين، حيث عبّر بالمضاجعه فى ازار واحد، وقد صرّح بهذا الاشتراط فى بعض الكلمات.

ويستدلّ عليه بأنّ نوم الرجل والمرأه ونوم الرجلين والمرأتين محكوم عليه بحكم واحد فى الاخبار، ويأتى اعتبار التحرّد فى نوم المرأتين بل الرجلين، فيكون نوم المرأه والرجل أيضاً كذلك.

وبتعبير آخر نوم الرجل مع المرأه الاجنبيه فى لحاف واحد كاسيين، وان كان محرّماً أيضاً، الاّ انّه لا يثبت فيه إلاّ التعزير، وانّما يثبت الجلد بالمائه إلاّ سوطاً إذا كان كل منهما مجرّداً.

فى صحيحه أبى عبيده، عن أبى جعفر عليه السلام : «كان على عليه السلام اذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجردّين جلدهما حدّ الزانى مائه جلده كلّ واحد منهما، وكذلك المرأتين إذا وجدتا فى لحاف واحد مجردتين جلدهما كلّ واحده منهما مائه جلده(۱).

وفى صحيحه معاويه بن عمار، قلت لابى عبداللّه عليه السلام : المرأتان تنامان فى ثوب واحد، فقال: «تضربان، فقلت: حدّاً، قال: لا، قلت: الرجلان ينامان فى ثوب واحد، قال: يضربان، قال: قلت: الحد؟ قال: لا»(۲).

فانّ النوم فى ثوب واحد ظاهره كونهما عريانين، ولكن هذا مفروض فى كلام السائل، فلا يوجب التقييد فى المطلقات، بخلاف صحيحه أبى عبيده.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۵: ۳۶۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۵: ۳۶۷.

سقوط الرجم بالإنكار بعد الإقرار

ولو اقر بما يوجب الرجم ثم انكر سقط الرجم[١]، ولو اقر بحدّ غير الرجم لم يسقط بالانكار، ولو اقر بحدّ ثم تاب كان الامام مخيراً فی اقامته رجماً كان او

الشَرح:

وفی الصحيح عن ابی خديجه كما فی الكافی: لا ينبغی لامرأتين تنامان فی لحاف واحد الاّ و بينهما حاجز، فان فعلتا نهيتا عن ذلك، فان وجدهما بعد النهی فی لحاف واحد جلدتا كلّ واحد منهما حدّاً حدّاً، وان وجدتا الثالثه فی لحاف حدّتا، فان وجدتا الرابعه قتلتا(١).

ويدّعی أنّ الحاجز يكون بكونهما كاسيين، ولكنه لا يخلو عن تأمّل بل ظاهر الحاجز مثل نوم الطفل بينهما، وما فيها من عدم الحدّ فی النوم الأوّل لعله لجهلهما بالحكم.

وعلی الجمله يمكن الالتزام بسقوط الحدّ، يعنی مائه جلده الاّ واحده فی نوم الرجلين كاسيين أو نوم المرأتين كاسيين، والاكتفاء بمطلق التعزير عملاً بالتقييد الوارد فی صحيحه أبی عبيده، بل لا حرمه ولا تعزير فی النوم كاسيين فی ايام الشتاء والضروره، خصوصاً للفقراء والمحارم، ولكن التقييد غير معتبر فی نوم الرجل والمرأه الاجنبيّين، وان كانا كاسيين، أخذ بالاطلاق بالاضافه اليهما ومماثله وجدانهما مع وجدان الرجلين والمرأتين فی مقدار الجلد، كما هو ظاهر الروايات لا فی سائرالجهات.

[١] بلا خلاف معروف أو منقول كما عن بعض، بل يمكن تحصيل الاجمال عليه كما فی الجواهر، ويدلّ عليه بعض الروايات، منها صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام فی رجل أقرّ علی نفسه بحدّ ثم جحد بعد، فقال: «اذا أقرّ علی نفسه

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢٥: ٣٦٩.

. ...

الشَرح: عنـد الامـام أنّه سـرق ثمّ جحـد قطعت يـده، وان رغم انفه، وإن أقرّ على نفسه انه شـرب خمراً أو بفريه فاجلـدوه ثمانين جلده»، قلت: فان أقرّ على نفسه بحدّ يجب فيه الرجم أكنت راجمه؟ فقال: «لا ولكن كنت ضاربه الحدّ»(١).

فى صـحيحه الاخرى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام : «إذا أقرّ الرجل على نفسه بحـدّ أو فريه جحـد جلد، قلت: أرأيت إن أقرّ على نفسه بحدّ يبلغ فيه الرجم أكنت ترجمه؟ قال: لا ولكن كنت ضاربه»(٢).

ومنهما صـحيحه محمّد بن مسـلم عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «من أقرّ على نفسه بحدّ اقمته عليع الّا الرجم، فانّه اذا أقرّ على نفسه ثم جحد لم يرجم»(٣).

ومقتضـى ما تقـدّم سـقوط الرجم بلا حاجه إلى اسـتحلافه، ونقل عن جامع البزنطى أنّه يحلف ويسـقط عنه الرجم، وانّه رواه عن الصادقين عليه السلام بعدّه اسانيد، ولكن لا يمكن رفع اليد عن الاطلاق المشار اليه، حيث لم يثبت نقل الحلف بطريق .

واحتمال عـدم تأثير الرجوع عن الاقرار بعـد أربع مرّات، أخذاً بما دلّ على ثبوت الزنا بأربعه إقرارت حتى زنا المحصن كماترى، فانّ هذا من قبيل التمسک بالاطلاق بعد ثبوت التقييد.

ثم انّ الروايات المتقدّمه مدلولها أنّ الانكار بعد الاقرار يوجب سقوط حدّ

ص: ۶۴

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١: ٣٢٠.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢: ٣٢٠.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣: ٣٢٠.

....

الشَرح: الرجم ولا ـ يعم غيره حتى فيما كان الحدّ قتلاً، ولكن قد يقال بالحاق القتل إلى الرجم للتحفظ على الدماء، وبناء الحدّ على التخفيف، وانّه المتفاهم العرفى من الرجم لكونه قتلاً.

وذكر فى الجواهر أنّ الالحاق لا يخلو عن قوّه، وأيدّه بمرسله جميل بن دراج التى فى سندها ابن أبى عمير، عن جميل بن دراج، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: «إذا أقرّ الرجل على نفسه بالقتل قتل إذا لم يكن عليه شهود، فان رجع وقال لم افعل ترك ولم يقتل»(۱).

وفى مرسلته الاخرى التى رواها على بن حديد، عن جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بالزنا أربع مرات وهو محصن رجم إلى ان يموت، أو يكذّب نفسه قبل ان يرجم فيقول لم افعل: «فان قال ذلك ترك ولم يرجم»، وقال: «لا يقطع السّارق حتى يقر بالسرقه مرتين فان رجع ضمن السرقه ولم يقطع إذا لم يكن شهود»(۲).

ولكن المرسله الثانيه مختصه بالرجم، وما ورد فى الرجوع عن الاقرار بالسرقه ينافى ما تقدّم من عدم سماع الانكار وعدم سقوط الحد عنه، والمرسله الأولى لا رسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، فانّه لم يثبت فتوى المشهور التعدى إلى مطلق القتل، وعلى تقدير فيمكن أن يكون

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۴: ۳۲۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵: ۳۲۰.

جواز عفو الإمام عن الحد

جلدّاً[۱].

الشَرح: الوحه ما ذكرنا من الوجوه التى لا تصلح لأن يرفع اليد بها عن الاطلاق فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه واطلاق ما دلّ على قتل المرتكب.

[۱] نعم، بما أنّ القتل ثبت حدّاً بالاقرار فلوليّ الحد أىّ الإمام والحاكم العفو عنه كما يأتى، ومسأله عفو الإمام حكم آخر غير سقوط الحد بالانكار، على المشهور بين الاصحاب، بل لم يعلم الخلاف فى جواز العفو فى الأوّل، وخالف فى الثانى فى محكى الشرائع.

عدم سقوط الحد بالإنكار بعد الإقرار

وربما يستدل على جواز العفو فى الثانى بالاولايه، فانّه إذا جاز العفو عن العقاب الاشدّ كان الجواز فى العقاب الأخفّ اولى، ولكن لا يخفى ما فيه، وقد تقدّم سماع الانكار بعد الاقرار بموجب الرجم ويسقط به العقاب الأشدّ ولا يسمع ولا يسقط به الأخف.

والعمده فى جواز العفو معتبره طلحه بن زيد عن جعفر بن محمّد، قال: جاء رجل إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فاقرّ بالسرقه فقال: «أتقرأ شيئاً من القرآن»، قال: نعم سوره البقره، قال: «قد وهبت يدك لسوره البقره»، قال: فقال الاشعث: أتعطل حدّاً من حدود اللّه؟ فقال: «وما يدرك ما هذا اذا قامت البينه فليس للامام ان يعفو، وإذا أقرّ الرجل عن نفسه فذاك إلى الامام ان شاء عفا وان شاءقطع»(۱)روى ذلک الشيخ باسناده إلى الحسين بن سعيد، عن محمّد بن يحيى عن طلحه بن زيد، وذكر فى الوسائل، ورواه الصدوق باسناده إلى قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام ، ولكن الروايه فى الفقيه مرسله وغير منسوبه إلى قضاياه عليه السلام .

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۳۱.

ولو حملت ولا بعل لم تحدّ إلّا ان تقر بالزنا اربعاً[۱]

الشَرح:

وفی صحیحه ضریس الکناسی عن أبی جعفر علیه السلام قال: «ولا یعفی عن الحدود التی للّه دون الامام، فامّا ما کان من حق الناس فی حدّ فلا بأس بأن یعفا عنه دون الامام»(۱)، وظاهر أنّ للامام أن یعفا عن الحدود التی للّه.

ومقتضی اطلاقه عدم الفرق بین قیام البینه وثبوت الموجب بها أو بغیرها، کما هو الحال فی عفو غیر الامام فی حق الناس، الّا انّه یرفع الید عن الاطلاق بالاضافه إلی صوره قیام البینه ویؤخذ به فی غیرها، سواء کان ثبوت الموجب بالاقرار أو بعلم الامام، کما اذا شاهد الارتکاب بنفسه.

ویؤیدّ ذلک المرسل المروّی فی تحف العقول عن أبی الحسن الثالث فی حدیث قال: «وامّا الرجل الذی اعترف باللواط فانّه لم تقم علیه البینه وانما تطوع بالاقرار من نفسه، وإذا کان للامام الذی من اللّه أن یعاقب عن اللّه کان له أن یمن عن اللّه، أما سمعت قول اللّه «هذا عطاءنا فَامنُن أو امسک بغیر حِساب»(۲)»(۳).

ثم ان المشهور قیدوا عفو الإمام کما فی المتن بصوره التوبه، ولکن لم یظهر وجه لهذا التقیید، خصوصاً إذا کان العفو سبباً للتوبه وارتداع المرتکب، ولا یخفی أیضاً أنّ مدلول صحیحه الکناسی نفوذ عفو غیر الإمام فی حد یکون من حقوق الناس، لا عدم نفوذ عفو الإمام فیه، فلا حظ.

[۱] لو حملت المرأه التی لا بعل لها أو لم یمکن حملها منه لغیبه ونحوها لم

ص :۶۷

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۵۱: ۳۳۱.

۲- (۲) ص: ۳۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴: ۲۲۱.

....

الشَرح: تتعلّق بهـا الحـد، الاّ أن تعترف بزناها أربع مرات، فانّ مجرد الحمل لا يـدلّ على زناها، لاحتمال جـذب رحمها المنى أو وقوع الاشتباه أو الاكراه عليها.

نعم إذا اعترفت بزناهـا أربع مرات يجرى عليهـا الحـد، وليس المراد من الاسـتثناء فى عبـاره الماتن وغيره أن على الحاكم السؤال عن سبب حملها، بل لو تبرعّت هى باعترافها يثبت زناها.

والمحكى عن القواعـد أنّ المسـموع من الاقرار أن تذكر حقيقه الفعل لتزول الشـبهه، إذا ربما تعبر عما لا يوجب الحد بزنا، ولذا قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله لما عز: «لعلكَ قبّلت أو غمزت أو نظرت».

ولكن لا ـ يخفى مـا فيه، لاعتبـار ظهور كلاـم غيره، والمحكى عن النـبى صـلى الله عليه و آله لا ـ يـدلّ على عـدم الاكتفـاء بـدون الاستفسار، كما وقع من على عليه السلام فيما تقدّم فى بعض قضاياه.

ذكر فى الجواهر فروعاً فى المقام:

منهـا انّه لو اعترف الرجـل بانّه زنى بامرأه وكـذبته المرأه يتعلّق الحـد بالرجل دون المرأه، ولو صـرّح بانّها طارعته بالزنا، فان قوله أنّها طاوعته اعتراف على الغير فلا يسـمع، وظاهر كلامه قـدس سره عـدم تعلّق حـدّ القذف بالرجل، ولا يبعد أن يكون قوله قذفاً لها، فانّه فرق بين قوله طاوعتنى، وقوله طاوعتنى على الزنا.

منها: أنّه اعترف المجنون بعـد إفاقته أنّه زنى حال إفاقته تعلق به الحـد، لعموم نفوذ إقرار العاقل، وأمّا لو لم يقيـد زناه بحال إفاقته بل أطلق لم يتعلّق به الحد، لما تقدم من أنّ زنا المجنون لا يوجب الحد، واعترافه بالزنا يحتمله، فلا يكون اعترافه

ثبوت الزنا بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين وعدمه

وأمّا البينه، فلا يكفى أقل من أربعه رجال أو ثلاثه وامرأتين، ولا يقبل شـهاده النساء منفردات ولا شهاده رجل وست نساء، ويقبل شهاده رجلين واربع نساء، ويثبت به الجلد لا الرجم[۱]،

الشَرح:

إقراراً بموجب الحد.

منهـا: انّه لو اعترف عاقـل بوط ء امرأه وادعى أنّهـا زوجته وانكرت المرأه الزوجيه والوط ء لم يتعلق الحـدّ، لا بالرجل ولا المرأه، لعدم اعتراف واحد منهما بزناه، نعم لو اعترفت بالوط ء وانّه زنى بها مطاوعه لا حدّ عليه لعدم اعترافه بالزنا، وامّا المرأه فيتعلّق بها اذا كرّرت أربع مرات.

أقول: قـد ذكرنا أنّ قولهاإنّه زنى بها مطاوعه قـذف للرجل فيتعلّق بها حدّ القذف أيضاً، وامّا ثبوت المهر وعدمه فقد تقدم الكلام فلا تعيد.

[۱] ثبوت الزنا محصـناً كان أم غيره بشـهاده أربعه رجال متسالم عليه عند الكلّ، حيث يشـهد لذلك قوله سبحانه: «الذينَ يرْمُونَ المحصناتِ وَلَمْ يأتوا بِاَربعَهَ شُهَداءَ فَاجلِدوُهُمْ ثَمانينَ جَلدَهً» الآيه(۱)، الكلام فى جهتين:

الأولى: انّ المشـهور ثبوت الزنـا حتّى الموجب للرجم بشـهاده ثلاثه رجـال وشـهاده امرأتين، وحكى الخلاف فى ثبوت موجب الرجم بذلك عن العمانى والمفيد والديلمى، ويدل على ما عليه المشهور عده روايات:

منها صـحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السـلام ، قال: سألت عن شـهاده النساء فى الرجم، فقال: «اذا كان ثلاثه رجال وامرأتان وإذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز

۱- (۱) النور:۴.

....

الشَرح: فی الرجم»(۱).

وصحیحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «لا یجوز شهاده النساء فی رؤیه الهلال ولا یجوز فی الرجم شهاده رجلین وأربع نسوه ویجوز فی ذلک ثلاثه رجال وامرأتان»(۲).

وصحیحه أبی الصباح الکنانی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قال علی علیه السلام : «شهاده النساء فی النکاح ولا تجوز فی الطلاق، وقال: اذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان جاز فی الرجم، واذا کان رجلان وأربع نسوه لم تجز الحدیث»(۳).

وممّا ذکر یظهر أنّه لا یصح منع ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وشهاده امرأتین، تمسکاً بالاصل ولا بالاطلاق فی الآیه المبارکه المقتضیه لاعتبار شهاده أربعه رجال دون غیرها، والوجه فی الظهور أنّه لا تصل النوبه إلی أصاله عدم الاعتبار مع قیام الدلیل علی الاعتبار، ولا یصح التمسک بالاطلاق مع ثبوت المقید له.

نعم، العمده صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم یجز فی الرجم ولا تجوز شهاده النساء فی القتل»(۴)، وقد حمل الشیخ قدس سره هذه الصحیحه علی التقیه لما حکی من عدم ثبوت الرجم بذلک عن اکثر

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳:۲۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث۱۰:۲۵۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۵:۲۶۱.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲۸: ۲۶۲.

....

الشَرح: العامه، وتبعه على ذلک غيره، واحتمل حملها على اختلال شروط الشهاده.

ولكن لا يخفى أنّ مدلولها موافق لاطلاق اللآيه المباركه وموافقه الكتاب المرجحّ الأوّل فى باب الترجيح، ولا أقل كونها مرجحه كمخالفه العامه، وحملها على اختلال الشروط جمع تبرعى.

ويمكن أن يقال أنّه بعد تعارض الصحيحه مع ما تقدّم وتساقطهما لعدم ثبوت المرجح لخصوص أحداهما يرجع إلى الاطلاق فى معتبره عبدالرحمن يعنى عبدالرحمن بن ابى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها قال: «تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس، وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال»(۱).

فانّ مقتضاها ثبوت الزنا الموجب للرجم ايضاً بشهاده الرجال والنساء، وبما أنها أخص ممّا ورد من عدم سماع شهادتهنّ فى الحدود يؤخذ بها غايه الأمر برفع اليد عنها بالاضافه إلى ثبوت الرجم بشهاده رجلين وأبعه نسوه، لما مرّ من الروايات من أنّ الرجم لا يثبت بهذه الشهاده.

ولكنّ الظاهر أنّ ما ورد فى جواز شهاده الرجال مع النساء فى الحدود لا يمكن الأخذ به، لعدم ثبوت سائر الحدود بشهاده الرجال والنساء.

وعلى الجمله فان حصل وثوق بصدور صحيحه محمّد بن مسلم لرعايه التقيه فهو، ولاّ فالالتزام بثبوت موجب الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين مشكل جداً.

نعم يثبت الجلد فى الفرض فانّه إذا ثبت الجلد فى شهاده رجلين وأربع

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الزنا، الحديث ۱:۴۰۱.

....

الشَرح: نساء ثبت فی شهاده ثلاثه رجال وامرأتین بالاولایه، وفی صحیحه الحلبی أو موثقته عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّه سئل عن رجل محصن فجر بأمرأه فشهد علیه ثلاثه رجال وامرأتان وجب علیه الرجم وإن شهد علیه رجلان وأربع نسوه فلا تجوز شهادتهم ولا یرجم»(۱)، ولکن یضرب حد الزانی.

ولا یبعد ان یکون المشهور ثبوت الجلد فیما اذا شهد رجلان وأربع نسوه بموجب الرجم، خلافاًلجماعه منهم الصدوقین والقاضی والحلبی والعلامه فی المختلف، حیث ذکروا أنّه لا یثبت بشهاده رجلین وأربع نسوه لا الرجم ولا الجلد، لصحیحه محمّد بن الفضیل عن أبی الحسن علیه السلام «وتجوز شهادتهن فی حدّ الزنا إذا کان ثلاثه رجال وامرأتان ولا تجوز شهاده رجلین وأربع نسوه فی الزنا والرجم الحدیث»(۲).

فان مقتضی عطف الرجم علی الزنا عدم ثبوت شیء منهما بشهاده رجلین وأربع نسوه.

أضف إلی ذلک ما ذکره العلامه قدس سره من أنّه لو ثبتت بالشهاده المزبوره الزنا فاللازم الرجم والّا فلا موجب للجلد أیضاً، وبتعبیر آخر کون المشهود علیه محصناً محرز بالوجدان فان احرز بالشهاده المفروضه زناه فالحد هو الرجم وإلاّ فلا موجب لاجراء حد الزنا غیرالمحصن.

وفیه أنّه نوع اجتهاد فی مقابل النصّ الدالّ علی تخفیف حدّ المحصن

ص: ۷۲

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحدیث ۲۱:۲۶۰.

۲- (۲) الوسائل:۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات ،الحدیث ۷:۲۵۹.

شهاده الزوج على زنا زوجته

....

الشَرح: بالشـهاده المخصوصه، وأمّا صـحيحه محمّد بن الفضـيل، فالجمع بينهما وبين ما تقدّم هو تقييد الزناالمنفى ثبوته بشـهاده رجلين وأربع نسوه إلى الزنا الموجب للرجم.

بقى فى المقـام أمر ذكروه فى كتاب اللعان، وهو أنّه إذا كان أحـد الأربعه من الشـهود زوج المرأه فهل يثبت زناها أو إنّ شـهاده الزوج لاعتبار بها فان دخل بها الزوج يحـد الشـهود وتلا عن الزوج، وقـد ذكر الماتن قـدس سره عنوان المسأله فى كتاب اللعان وفى المسأله الرابعه من لواحق حدّ الزنا، وقال: انّ فى شهاده الزوج روايتين الخ .

أقول: هـذه اشاره إلى روايه ابراهيم بن نعيم عن أبى عبـداللّه عليه السـلام ، قال: سألته عن أربعه شـهدوا على امرأه بالزنا أحـدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم»(1)، والروايه فى سـندها عباد بن كثير، فلا يمكن الاعتماد عليها، ولكن يقال: إنّ السـماع مقتضـى إطلاق الكتاب المجيد، قال اللّه سـبحانه: «وَالَّذينَ يَرمُونَ أزْواجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهداءَ إالاّ أنْفُسَهُمْ»، فانّ فيها دلاله، ولا أقل من الاشـاره إلى عـدّ الزوج شاهـداً، ولو كـان معه ثلاـثه عـدول يصـدق انّ لهم شـهداء، ولقوله سـبحانه: «وَالّلاتى يَاْتينَ الْفاحِشَهَ مِنْ نِسائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ اَرْبَعَهً مِنْكُمْ» الآيه(2) بناءً على انّ الخطاب للحكام لا للازواج.

وبتعبير آخر، الزنا كغيره من حقوق اللّه يحتاج فى الثبوت إلى الشهاده حسبه،

ص :73

1- (1) الوسائل:18، الباب12 من أبواب اللعان ،الحديث 1:606.

2- (2) النساء: 15.

....

الشَرح: وليس فيه مدع ليحتاج إلى إثبات دعواه بشهاده الغير، ومقتضى اطلاق ما ورد فى ثبوت الزنا بشهاده الأربع عمومه لماإذا كان أحدهم زوجها.

والروايه الاخرى ظاهرها انّه يحدّ الشهود الثلاثه ويلاعن الزوج، وهى روايه زراره عن أحدهما عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «يلاعن ويجلد الآخرون»(۱).

وهده الروايه فى سندها إسماعيل بن خراش، وهو مجهول، ومع فرض المعارضه فالترجيح للروايه الأولى لمطابقتها للكتاب المجيد على ما قبل.

وفى البين روايه ثالثه وهى صحيحه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: «يجلدون الثلاثه ويلاعنها زوجها ويفرّق بينهما ولا تحلّ له ابداً»(۲)، وهذه لا تعم صوره عدم دخول الزوج، فانّ الملاعنه تتوقف على الدخول بالمرأه ولكن لا يحتمل دخل الدخول بالمرأه فى عدم اعتبار قول الزوج.

ويمكن استفاده عدم السماع من الآيه المباركه، حيث انّ الآيه الثانيه بقرينه ما فى ذيلها: «فَامِسكُوهُنَّ فى الْبُيُوتِ»(۳)، خطاب للازواج لا الحاكم، وظاهر الآيه الأولى أنّه إذا لم يكن للزوج شهداء يثبت زناها، والشهداء فى الزنا أربعه رجال، خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «وَالَّذينَ يرمُونَ المُحصناتِ ثُمَّ لَمْ يأتواُ بأَرْبَعَه شُهداءِ» حيث انّ الاتيان بالاربع لا يشمل نفس الزوج.

ص: ۷۴

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۱۲ من أبواب اللعان ،الحديث ۲:۶۰۶.

۲- (۲) الوسائل:۱۸، الباب ۱۵ من أبواب اللعان،الحديث ۳:۶۰۶.

۳- (۳) النساء:۱۵.

المعتبر فی کیفیه الشهاده علی الزنا

ولو شهد ما دون الاربع لم یجب وحدّ کل واحد منهم للفریه[۱].

ولا بدّ فی شهادتهم من ذکر المشاهده للولوج کالمیل فی المکحله[۲] من

الشَرح:

اللهم الاّ أن یقال: هـذا فی سبق دعوی الزوج،ولکن هذا المقدار مع ملاحظه صحیحه مسمع الشامله لشهاده الزوج مع غیره من الشهود کاف فی الحکم بعدم قبول شهاده الزوج لزنا المرأه مطلقاً ولو مع عدم سبق الرمی.

[۱] إذا لم یتم الشهود بالزنا علی ماتقدم لم یتعلق علی المشهود علیه حد رجماً کان أو بل یتعلق بالشاهد حد القذف علی ما یأتی.

بل یأتی انّه لو شهد بعضهم قبل حضور الباقین أو الباقی یتعلق به حد القذف، ومن عدم تمام الشهود شهاده النساء منفردات أو شهاده رجل، وست نساء أو غیر ذلک ممّا لم یتمّ الدلیل علی اعتبار شهادتهم.

[۲] قد تقدّم فی کتاب الشهاده انّ المعتبر فیها حسّ الشاهد الواقعه التی یشهد بها، ولا یکفی فی الشهاده بها مجرّد الاعتقادبها، حتی لو کان الاعتقاد جزمیاً خلافاً لظاهر جماعه، حیث انّ مقتضی کلماتهم الاکتفاء فی الشهاده بمجرّد العلم بالواقعه والحسّ أحد الاسباب الموجبه للیقین بها.

ولکن الظاهر أنّ الکلّ متفقّون فی الشهاده بالزنا باعتبار المعاینه، ولا یکفی مجرد العلم والاعتقاد، ویستدلّ علی ذلک بروایات:

منها: صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «حد الرجم أن یشهد أربع أنّهم رأوه یدخل ویخرج»(۱).

وصحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام : «لا

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا،الحدیث ۱: ۳۷۰.

غير عقـد ملك ولا شـبهه، ويكفى أن يقولوا: لا نعلم بينهما سـبب التحليل، ولو لم يشـهدوا بالمعاينه لم يحدّ المشـهود عليه وحدّ الشهود.

الشَرح:

يرجم رجل ولا أمرأه حتى يشهد عليه أربعه شهود على الايلاج والاخراج»(۱)، إلى غير ذلك.

وقـد ذكرنـا أنّ المراد بحسّ الواقعه المشـهود بهـا ليس خصوص حسّـِها بنفسـها، بل يكفى حسّ الامور الملازمه لها، بحيث يعدّ حسّ الامور حسّـِها، ولكن ظـاهر كثير من الأصـحاب بل المصـرّح به فى كلمات أكثرهم أنّه يعتبر فى الشـهاده بالزنا رؤيه نفس الادخال والاخراج فى فرج المرأه، ويعتبر أيضاً فى سماع الشهاده ذكر الشاهد، وتصريحه أنّه رأى الادخال والاخراج كذلك.

ويسـتدلّ على اعتبـار الأـمرين بصـحيحه حزير عن أبى عبـداللّه عليه السـلام : «القاذف يجلـد ثمانين جلـده إلى ان قال : ولا تقبل شهادتهم حتّى يقول أربعه رأينا مثل الميل فى المكحله»(۲)، وظاهرها اعتبار الأمرين وبصحيحه الحلبى المتقدمه.

ولكن لا يخفى أنّ الشهاده بأنّهم رأوا الزانى يدخل ويخرج غير نفس رؤيه الادخال والاخراج، كما هو ظاهر صحيحه حزير، كما أنّ الشـهاده بالايلاـج والاـخراج لا تقتضـيى رؤيه الايلاج والاخراج بنفسـها، بل يكفى فى الشـهاده بـذلك رؤيه الشـخص بحاله وحسّ أثر لاـ يحتمل غير الادخال والاخراج فى الفرج، وبمعنى أنّ رؤيه تلك الحال والاثر بعـد رؤيه الادخال والاخراج، والمراد بهذه الاخبار أنّ الاعتقاد بهما بغير ذلك لا يعتبر فى الشهاده، والاّ لأنسد باب الشهاده على الزنا ولا تتحقق الاّ فى مورد نادر جدّاً.

ص: ۷۶

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا،الحديث ۲: ۳۷۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد القذف ،الحديث ۵: ۴۳۳.

....

الشَرح: ولعلّ هـذا هو المراد من صـحيحه زراره أو موثقته عن أبی جعفر، قال: «إذا قال الشاهد أنّه جلس منها مجلس الرجل من امرأته اقيم عليه الحد»(۱)، وحملها على انّ المراد بالحـدّ التعزير أو حـدّ الشاهـد كماترى، فانّ الأوّل خلاف ظاهر الحد ويستحق الجالس التعزير قبل جلوسه، وحدّ الشاهد لا معنى له اذا لم يكن رميه بالزنا.

وعلى الجمله لاـ يعتبر فی الشـهاده بالزنـا ذكر الايلاج والاخراج، فانّ ذكر الزنا مفاده إدخال ذكره فی فرجها، ويعتبر فی الشـهاده حسّ الواقعه المشـهود بها نظير حسّ سائر الوقائع المشـهود بها، والّا فاللازم عـدم الاكتفاء بـذكر الايلاج فقط، وأنّه رأی الايلاج دون الاخراج، أضف إلى ذلك أنّ الروايات التی استظهر منها إعتبارالأمرين فی الشهاده بالزنا ناظره إلى حدّ الرجم دون الجلد.

ثم ان ظاهر الماتن قدس سره الاكتفاء بقول الشاهد أن يقول: رأيته أنّه يولج ذكره فی فرجها ولا نعلم بينهما سبباً للتحليل، ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ الحاكم إذا رأى بنفسه أنّه يدخل ذكره فی فرجها واحتمل الزوجيه أو الشـبهه بينهما لم يقم عليه الحدّ إلّا أن يعترفا بعدم الزوجيه وغيرها، فكيف ما إذا أخبر به أربعه رجال.

وعلى الجمله إذا شـهدوا بأنّهم رأوهما كما ذكر ولم نعلم سبب الحلّ لا يكون المشهود به هو الزنا، بل لابُدّ من شهادتهم من غير عقد وملك وشبهه، ولو رموهما وقالوا: شهدنا الايلاج والاخراج ولم نعلم سبب التحليل، يتعلق بهم حد القذف لا التعزير.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا،الحديث ۱۰: ۳۷۳.

اختلاف الشهود على الزنا فى بعض الخصوصيات

ولا بـدّ من تواردهم على الفعل الواحـد والزمان الواحـد والمكان الواحـد، فلو شـهد بعض بالمعاينه وبعض لا بها، أو شـهد بعض بالزنـافى زاويـه مـن بيـت وبعض فى زاويه اخرى، أو شـهد بعض فى يـوم الجمعه وبعض يـوم السبت، فلاـ حـدّ، ويحـدّ الشـهود للقذف[۱].

الشَرح:

وما فى الجواهر من أنّهم يعزّرون مع عدم نسبتهم ايّاه إلى الزنا،فيه ما لا يخفى.

[۱] الخصوصيات التى لا دخل لها فى موجب الحد، ككون الزنا فى الليل أو النهار أو كونه يوم الجمعه أو يوم السبت، وكونه فى مكـان كـذا ومكـان آخر أو كون المرأه المزنى بهـا فلاـنه أو غيرها، وإن لم يلزم ذكرها فى الشـهاده الاّ أنّها إذا ذكرت فى كلام بعضهم وذكر خلافها فى كلام البعض الآخر لم يثبت الزنا، بل يحدّ الشهود لقذفهم المشهود عليه.

وكـذا الاختلاف فيما له دخل فى ثبوت موجب الحدّ، كما إذا قال: بعض الشـهود رأينا ايلاجه واخراجه، قال البعض الآخر: رأينه كان راكب المرأه كركوب الرجل زوجته.

بـل ذكر جماعه أنّه إذا ذكر بعض الشـهود بعض الخصوصـيات التى لا دخل لها فى تعلق الحـدّ ولم يـذكر تلك الخصوصـيه فى شهاده البعض الآخر لم يثبت الزنا بل يحدّ الشهود.

ولعلّ هذا الاعتبار يختصّ بالشهاده بالزنا وأمّا فى سائر الموارد فلا يعتبر ذلك، ولو قال أحد الشاهدين رأيت زيداً باع داره عمرواً بـألف ليله الجمعـه وقـال الآـخر رأيته بـاع داره عمرواً بـألف، من غير تعرّض لزمـان الـبيع ثبت الـبيع لعمرو، ولهـذا نـاقش بعض الاصحاب كالشهيد الثانى وغيره بأنّ الاعتبار فى الشهاده بالزنا

....

الشَرح: غير وارد فى الروايات ولا فى كلام المتقدمين من الاصحاب.

وذكر فى الرياض انّ ذلك حسن لو لا موثقه عمار الساباطى، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل يشهد عليه ثلاثه رجال أنّه قد زنى بفلانه ويشهد الرابع أنّه لا يدرى بمن زنى قال: «لا يحدّ ولا يرجم»(۱)، فانّ هذه الموثقه، وإن كانت وارده فى ذكر المزنى بها فى شهاده بعضهم وعدم ذكرها فى شهاده البعض الآخر الاّ أنّه لا قائل بالفرق بين ذكر هذه الخصوصيه فى شهاده بعضهم وإهمالها وبين سائر الخصوصيات وإهمالها.

أقول: الاختلاف فى الخصوصيات على نحوين، فتاره لا ـ يخرج الواقعه المشهود بها عن واقعه خارجيه واحده، بمعنى أنّ الكل يخبرون عن تلك الواقعه الخارجيه، بحيث يكون المحكى بشهاده بعضهم بعينه هو المحكى بشهاده الآـخرين، كما إذا قال بعضهم رأينا كلّنا أنّ زيداً يزنى بزوجه عمرو، وقال البعض الآـخر أيضاً كذلك ولكن اختلفا، وقال بعضهم كان الزمان ليله الجمعه وقال الآخر كانت ليله السبت، ففى مثل ذلك لا يضر الاختلاف فضلاً عما ذكرت خصوصيه الزمان فى كلام بعضهم ولم تذكر فى كلام بعض آخر، وإمّا إذا كان الاختلاف أو ذكر الخصوصيه وإهمالها بوجه يحتمل معهما تعدّد الواقعه المشهود بها، فلا يحرز الواقعه بتلك الشهاده، حيث لم يحرز إخبار أربعه رجال عن واقعه واحده.

نعم، لا يبعد دعوى الاطلاق فى عمار المتقدمه، ولا بأس بالالتزام باطلاقها،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا، الحديث ۶:۳۷۲.

اختلاف الشهود على الزنا فى الإكراه والمطاوعه

ولو شـهد بعض أنّه أكرهها وبعض بالمطاوعه، ففى ثبوت الحـدّ على الزنا وجهان[١]، أحـدهما يثبت، للاتفاق على الزنا الموجب للحدّ على كلا التقديرين، والآخر لا يثبت، لأنّ الزنا بقيد الاكراه غيره بقيد المطاوعه، فكأنّه شهاده على فعلين.

الشَرح:

ولكن لا يمكن التعـدى من المفروض فيها إلى سائر الخصوصـيات لاحتمال الفرق، فانّ تعيين المزنى بها فى كلام بعض الشـهود لو لم يكن رمياً لها بالزنا فلا أقلّ من كونه هتكاً لها، فيسقط اعتبار الشهود، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] اذا اختلف الشـهود فى كون المزنى بها مكرهاً عليها، بأن شـهد بعض أنّه زنى بامرأه مكرهاً عليها، وقال البعض الآخر أنّه زنى بهـا مطـاوعه منهـا، ففى ثبوت زنـا الرجـل وجهان، بل قولان، فانّ المحكى عن الشـيخ قـدس سـره وابيى الجنيـد وادريس ثبوته، لاتفاق الشهود على زنا الرجل الموجب للحدّ، وعن العلامه فى بعض كتبه والشهيدين أنّ زناه لا يثبت لأنّ الزنا بنحو الاكراه على المرأه يختلف عن الزنا بمطاوعتها ولذا يختلف الحد فى الزنائين، وكانهما فعلان لم يتم بشىء منهما شهاده أربعه رجال.

وذكر فى الجواهر ما حاصـله: أنّه اذا امكن مع الاختلاف فى الخصوصـيه صـدق جميع الشـهود أنّه زنى وكان لابساً ثوب أبيض، وقـال البعض الآـخر أنّه زنى وكـان لابسـاً ثوب أسود فـانه يثبت الزنـا، حيث يمكن أن يكون حـال الفجور لابساً كلًا من الابيض والسود، وأمّا إذا لم يكن إجتماع الخصوصـيّتين، كما إذا قال بعض انّه زنى فى الليل وقال الآخر زنى بالنهار، فلكون المشـهود به فعلين لم يتم بشىء منهما الشهود الاربع.

ولامر فى اكراه المرأه المزنى بها أو الزنابها بمطاوعتها أمر ممكن ،حيث

....

الشَرح: يمكن أن تكون الشهاده على الزنا بمطاوعتها لكون الاكراه صورياً.

أقول: قد ذكرنا أنّ الملاک فی ثبوت الزنا وغيره من موجب الحد کون الواقعه الشخصيه مخبراً بها فی کلام جميع الشهود، فان کان فی البين قرينه على أنّ الواقعه الشخصيه التی يحکيها البعض هی التی يحکيها الآخرون، فلا عبره باختلافهم فی الخصوصيات التی لا دخل لها فی ثبوت موجب الحد، وأمّا إذا لم يکن فی البين قرينه على ذلک فلا يثبت موجب الحد مع اختلاف الشهود لاحتمال کون المحکی غير الواقعه الواحده، سواء أمکن اجتماع الخصوصيات فی واقعه واحده أم لا.

وبما أنّ المفروض فی المقام اتفاق الکل على حکايه واقعه شخصيّه واختلفوا فی خصوصياتها، وهو کون المرأه المزنی بها مکرمه أم لا، فلا قدح فی الشهاده من جهه الواقعه الواحده.

نعم ربّما يقال: هذا فيما إذا لم تعين المرأه فی کلام بعضهم والّا فلا تقبل شهادتهم، لانه مع ذکر البعض کون المرؤه الفلانيه المزنی بها مطاوعه يکون ذلک قذفاً لها، وحيث إنّ زناها لم يثبت يکون شهود المطاوعه محکوماً عليهم بالفسق فلا يعتبر الشهاده فی زنا الرجل أيضاً فيتعلّق بالشهود حد القذف، وإن اختلف شهود المطاوعه مع شهود الاکراه بتعلّق حدين للقذف بشهود المطاوعه وتعلق حد واحد للقذف بشهود الاکراه.

ولکن لا يخفی انّه تقدم سابقاً أنّ قول الشاهد أو غيره زيد زنی بالمرأه الفلانيه لا يکون قذفاً للمرأه، حيث يحتمل أن ينفی الزنا عنها بأنّها کانت مشتبهه أو لعلها کانت مشتبهه حتی فی صوره عدم الاکراه عليها، وعليه فلا يکون تعيين

عدم جواز تأخير إجراء الحد بعد ثبوته

ولو أقام الشهاده بعض فى وقت حدّوا للقذف، ولم يرتقب اتمام البينه لأنّه لا تأخير فى حدّ[۱].

الشَرح:

المرأه قذفاً لها، نعم إذا ذكر بعضهم أنّها أيضاً زانيه مطاوعه وقال الآخرون إنّها مكرهه عليه كان الأمر كما ذكر.

[۱] ينبغى التكلم فى مقامين:

الاوّل: اذا ثبت موجب الحد وتعلّق بفاعل يجرى عليه الحد بلاتأخير عرفاً ولا يجوز تأخير إجراء عليه، ويلزم على ذلك إذا كان ثبوت موجب الحد بشهاده الشهود ولم يتم شهادتهم فى وقت واحد عرفاً، بأن تمت شهاده بعضهم وأخر البعض الآخر الشهاده إلى وقت آخر، يتعلق بالبعض الذى شهد الحد الثابت، فى فرض عدم تمام الشهاده المعتبره كثبوت الزنا بشهاده الاربع، فانه مع عدم تمام شهادتهم يتعلق بالبعض الذى شهد حد القذف.

ويشهد لذلك معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام : «أين الرابع»، قالوا: الآن يجىء، فقال على عليه السلام : «حدّوهم فانّه ليس فى الحدود نظر ساعه»(۱)، وروى الحديث المشايخ الثلاثه.

وروى فى الوسائل عن الصدوق قدس سره باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ، قال: «إذا كان فى الحد لعل أو عسى فالحد معطل»(۲)، ولكن الروايه فى الفقيه مرسله أرسلها عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فراجع.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا، الحديث ۸:۳۲۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب مقدمات الحدود ، الحديث ۲:۳۳۶.

جواز تقادم الزنا فی الشهاده

ولا یقدح تقادم الزنّا فی الشهاده[۱]، وفی بعض الاخبار: ان زاد عن سته

الشَرح:

والحاصل، تأخیر الحد بعد ثبوت موجبه بالامهال والانتظار غیر جایز نصاً وفتوی.

والمقام الثانی: یجوز فی تمام الشهاده بوجب الحد فی غیر القذف إقامه الشهاده به من بعض الشهود وإقامتها من بعض آخر فی وقت آخر، کما إذا شهد عدل بالسرقه فی یوم وشهد عدل آخر بتلک السرقه فی یوم آخر، ولا یحتسب ذلک من الامهال والتأخیر فی اقامه الحد، حیث شهاده الواحد لا تثبت السرقه أو غیرها لیتعلّق الحد بالفاعل بل ثبوتها بکلتا الشهادتین، ومقتضی ثبوت الموجب بالبینه عدم الفرق بین أداء شهادتهم فی وقت أو وقتین.

واما الشهاده بالزنا ونحوه مما یعد شهاده کل واحد مستقلاً قذفاً فلا یعتبر فیها حضور الشهود جمیعاً قبل اقامه شهاده البعض، وإن یظهر اعتبار ذلک من بعض الکلمات بل اللازم کون شهادتهم فی وقت واحد، بحیث لا یکون فی البین إنتظار بعد إقامه الحاضر شهادته، ولا یستفاد من معتبره السکونی المتقدمه أزید من هذا المقدار.

[۱] المراد أنّه تسمع الشهاده بالزنا وإن مضی زمان کثیر علی وقوعه، بأن شهدوا أنّه زنی قبل سنتین، فانّه بالبینه المزبوره تثبت موجب الحد بمقتضی إطلاق إعتبارها، وکما یثبت القذف الموجب للحد بقوله انّ فلاناً زنی قبل سنتین، کذلک یثبت الزنا إذا تم علیه شهود أربع، کما هو مقتضی الآیه المبارکه وما ورد فی الشهاده بالزنا من الاطلاق.

وذکر الماتن قدس سره وفی بعض الاخبار: ان زاد علی سته اشهر لم تسمع وهو مطرح، ولکن لم یظهر لی ماالمراد من بعض الاخبار، ولو کان فی البین ما یکون تامّاً سنداً ودلاله فطرحه مشکل، لکون المطلقات المشار الیها قابله للتقیید، کسائر

أشــهر لـم يسـمع، وهـو مطرح، وتقبـل شـهاده الاـربع على الاـثنين فمـا زاد[١]، ومـن الاحتيـاط تفريـق الشــهود فى الاقـامه بعد الاجتماع[٢]، وليس بلازم.

الشَرح:

موارد الجمع بين الاطلاق والتقييد.

نعم يسـتظهر من بعض الاخبار أنّه إذا تاب فى المـده المزبوره بل الاقلّ لم يقم عليه الحـد، وهذا أمر آخر سـيأتى الكلام فيه عند تعرضه قدس سره له.

[١] والوجه فى ذلـك أنّ كـل زنا يثبت بشـهاده الاربع، سواء كان الأربع هم الّـذين شـهدوا بالزنا الآخر أم لا، وعلى الجمله قبول شهـاده الأـربع على كـل من الاثنين مقتضـى ما ورد فى ثبوت الزنا بشـهاده الاربع، بل فى موثقه أبى بصـير، قال:أبو عبـداللّه عليه السـلام : «لا يرجم الرجل والمرأه حتى يشهد عليهما أربعه شهداء على الجماع والايلاج»(١)، وظاهرها شهاده الأربع على زنا كلّ من الرجل والمرأه، وفى خبر عبداللّه بن جذاعه قال: سألته عن اربعه نفر شهدوا على رجلين وامرأتين بالزنا، قال: «يرجمون»(٢).

[٢] مقتضـى الاطلاـق فيما ورد من ثبوت الزنا بشـهاده الأربع عـدم الفرق بين كون شـهادتهم على الاجتماع أو على نحو التفريق، غـايه الأـمر الاحتيـاط أمر مستحسن مع كون الحـدود مبنيّه على التخفيف والممـانعه عن ثبوت الموجب، وعليه فالاـولى للحاكم تفريقهم فى أداء الشـهاده، حيث ربما يكون هـذا من الممانعه عن ثبوت الزنا وهـذا غير لازم، ولـذا يجوز للشـهود إقامه الشـهاده بالزنا من غير مدح له ولا طلب من الحاكم، لأنّ الزنا من حقوق اللّه وتسمع فيها الشهاده حسبه.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴:٣٧٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧:٣٧٢.

عدم سقوط الشهاده بتصديق المشهود عليه ولا بتكذيبه

ولا تسقط الشهاده بتصديق المشهود عليه ولا بتكذيبه [١] ومن تاب قبل قيام البينه سقط عنه الحدّ[٢]، ولو تاب بعد قيامها لم يسقط، حدّاً كان أو رجماً.

الشَرح:

والحاصل إذا أقام الأربع الشهاده جميعاً يدخل شهادتهم فى اطلاق ما دلّ على ثبوت الزنا بشهاده أربعه رجال ونحوه، فيكون تفريقهم فى أداء الشهاده من الاحتياط المستحب.

نعم لو لم يكن فى البين اطلاق كان مقتضى الاصل العملى عدم ثبوته بالاداء مجتمعاً، لوران الحجه بين التعيين، أيىّ الأداء متفرقاً، وبين التخيير اى مطلق الاداء ولو كان مجتمعاً، فلا وجه لما عن صاحب الجواهر قدس سره من أنّ عدم اعتبار التفريق مقتضى الاصل العملى كما لا يخفى .

[١] إذا شهد بزنا الرجل أو المرأه أربع وأقر المشهود عليه بزناه بأقل من أربع مرات، فقد حكى عن أبى حنيفه أنّ إقرار المشهود عليه إقرار على النفس يقدّم على البينه، وحيث لاعتبار بالبينه مع الاقرار فلا يحدّ المقرّ لسقوط البينه عن الاعتبار، وبما أنّ إقراره أقلّ من أربع مرات فلا يثبت موجب الحد بالاقرار.

فيه ما لا يخفى، فانّ مقتضى ما ورد فى ثبوت الحد بشهاده الأربع عدم الفرق بين إقرار المشهود عليه بعدها أو عدم اقراره، وإنّما لا تعتبر البينه المخالفه للاقرار على النفس والبينه المفروضه فى المقام غير مخالفه لاقرار المشهود عليه على نفسه.

وممّا ذكر يظهر الحال فى تكذيبه الشهود، فانّ تكذيبه غير اجل فى الاقرار على النفس لينافى اعتبار شهادتهم.

[٢] أمّا عدم سقوط الحدّ بعد قيام البينه، فهو مقتضى ما ورد فى تعلق الحدّ جلداً كان أو رجماً بشهاده الأربع ونحوها، حيث أنّ الاطلاق فيه يقتضى عدم

النظر الثانی فی الحدّ، وفیه مقامان:

الاوّل: فی اقسامه، وهی قتل أو رجم أو جلد وجزّ وتغریب.

الشَرح:

الفرق بین أن یتوب المشهود علیه بعد ذلک أم لا.

ویمکن استفاده ذلک أیضاً ممّا ورد فیمن هرب من الحفیره، وفی صحیحه الحسین بن خالد، قلت لأبی الحسن علیه السلام أخبرنی عن المحصن إذا هرب من الحفیره هل یردّ حتی یقام علیه الحدّ؟ فقال: «یردّ ولا یرد» قلت: وکیف ذلک؟ فقال: «ان کان هو المقر علی نفسه ثم هرب من الحفیره بعد ما یصیبه شیء من الحجاره لم یرد، وان کان انّما قامت علیه البینه وهو یجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر حتی یقام علیه الحد»آ(۱).

فانّه علیه السلام لم یستفصل بین کون هربه للتوبه أم لا، ولکن هذه الاستفاده قابله للمناقشه، حیث إنّ مع جحوده لا یمکن معرفه توبته، وربّما یستدلّ علی عدم السقوط باستصحاب بقاء الحدّ علیه، ویورد علیه بأنّ الحدّ لا ـ یکون مثل الدین علی الذمه لیستصحب بل یتعلّق بالبدن، ولکن فیه ما لا یخفی، فانّه لو اعتبر الاستصحاب فلا فرق بین استصحاب الأمر الوضعی أو التکلیفی، وان لم یعتبر لکون الشبهه حکمیه او إنّ الاستصحاب لا یکون من مثبتات الحدود حدوثاً وبقاء، لدرء الحدود بالشبهه حتی فیما کانت حکمیه، فلا مجری له .

وربّما یستظهر عدم السقوط من المرسله عن أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل اقیمت علیه البینه بأنّه زنی ثم هرب قبل أن یضرب، قال: «إن تاب فما علیه شیء وإن وقع فی ید الامام أقام علیه الحدّ وإن علم مکانه بعث الیه»(۲)،

ص :۸۶

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب حد الزنا، ۱:۳۷۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، ۴:۳۲۸.

النظر الثاني: في الحد

المقام الأول: أقسام حد الزنا

....

الشَرح: بـدعوى أنّ ظاهرها عـدم الشـيء على التائب في ما بينه وبين اللّه، ولكن على الإمام ان يقيم الحدّ، نظير ما ذكر في التوبه المرتد الفطرى، ولكن هذه لضعفها سنداً تصلح للتأييد.

وما يقال من أنّ التوبه للعقوبه الأخرويه التيأشدّ، فكونها مسقطه للعقاب الدنيوى اولى لكونه أخفّ، كماترى.

وعلى الجمله كما أنّ المرتد الفطرى إذا تاب واصلح لا يسقط عنه الحدّ، ولكن توبته موجبه لسقوط العقاب الاخروى، كذلك سائر الحدود بعد قيام البينه، بل تقدم سابقاً أنّه لا مورد لعفو الإمام بعد ثبوت الحدّ بالبينه.

وامّا كون التوبه مسقطه للحدّ قبل قيامها، فقد ثبت ذلك في حدّى السرقه والمحارب، وأمّا في غيرهما ومنه الزنا فعليه المشهور.

وربمّا يستدلّ على ذلك بمرسله جميل عن رجل، عن أحدهما عليه السلام في رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلح، فقال: «إذا صلح وعرف منه خير لم يقم عليه الحدّ»، قال ابن أبى عمير: قلت: فان كان أمراً قريباً لم يقم، قال: «لو كان خمسه أشهر أو اقل وقد ظهر منه أمر جميل لم تقم عليه الحدود»، روى ذلك بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام (۱) بدعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور.

ولكن من المحتمل أنّ استناد بعضهم لو لاحظّهم إلى ما ورد في الترغيب في ستر الانسان ما ارتكبه من موجب الحدّ والتوبه إلى اللّه سبحانه، وأنّه خير من

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث، ۳:۳۲۸.

رجحان ستر الإنسان عمله وعدم إقراره بالمعصيه

وأمّا القتل: فيجب على من زنى بذات محرم، كالامّ والبنت وشبههما[١]،

الشَرح:

تعريض نفسه لاقامه الحد، وفى صحيحه أبى العباس أو موثقته قال: قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: انى زنيت إلى ان قال : فقال رسول اللّه: لو استتر ثم تاب كان خيراً منه»(١).

ولكن حيث انّ هذه لا تدلّ على سقوط الحد، بحيث لو ثبت بعد ذلك الارتكاب لا يجرى عليه الحد، فلا يمكن لنا رفع اليد عن الاطلاق المشاراليه المقتضى لتعلّق الحد على المرتكب، حتى ما إذا تاب قبل قيام البينه.

نعم فى البين أمران:

احدهما: أنّه إذا تاب الانسان عمّا ارتكبه من موجب الحدّ أو التعريز فلا يكون عليه وزر، لا فى ارتكابه ولا فى عدم إجراء الحد عليه لعدم ثبوته، وهذا يستفاد من صحيحه أبى العباس أو موثقته، فانّ ظاهرها الترغيب فى ستر الانسان عمله، وانّ توبته إلى اللّه مع الارتكاب خير من حضوره إلى الحاكم واثبات ارتكابه باقراره.

والأمر الثانى: انّ الحدود التى من حقوق اللّه سبحانه إذا ثبتت باعتراف المنكر فللامام العفو عنها دون ما إذا ثبتت بالبينه، حيث يتعيّن على الإمام اجرائها، وأمّا الحدّ الّذى من حقوق الناس فالعفو عنها بيد صاحب الحق قبل رفعه إلى الإمام أو مطلقاً، وهذان الامران لا يرتبطان بسقوط الحدّ بالتوبه فى غير السرقه والمحارب، فانّ السقوط فيهما ثابت كما يأتى.

[١] حدّ الزنا هو القتل والرجم والحلد والجز والتغريب، على ما يأتى التفصيل.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث ٣:٣٧۶.

الأول: القتل

ثبوت القتل على الزنا بالمحارم نسباً

....

الشَرح: امّا القتل، فقد ذكر الاصحاب أنّه إذا زنى بذات محرم كالام والاخت والعمّه والخاله والبنت يقتل، سواء كان محصناً أو غيره حرّاً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً شاباً أو شيخاً، من غير فرق فى الحكم بين الزانى والمرأه المزنى بها إذا طاوعته، ولا يبعد أن يكون هذا الحكم فى الزنا بذات محرم نسباً المتسالم عليه بينهم قديماً وحديثاً.

ويستدلّ على ذلك بصحيحه أبى أيوّب قال: سمعت بكير بن أعين يروى عن احدهما عليه السلام : «من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربه بالسيف أخذت منه ما أخذت، وإن كانت تابعته ضربت ضربه بالسيف أخذت منها ماأخذت، قيل له: فمن يضربها وليس لهما خصم؟ قال: ذاك إلى الإمام إذا رافعاً إليه »(۱)، رواها المشايخ الثلاثه.

وربما يناقش بعدم ظهورها فى خصوص القتل، خصوصاً بملاحظه مرسله محمّد بن عبداللّه بن مهران، عمّن ذكره، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل وقع على أخته، قال: «يضرب ضربه بالسيف»، قلت: فانّه يخلص، قال: «يحبس ابداً حتى يموت»(۲)، روايه عامر بن السمط، عن على بن الحسين عليه السلام فى الرجل يقع على اخته، قال: «يضرب ضربه بالسيف بلغت منه ما بلغت، فان عاش خلد فى السجن حتى يموت»(۳).

وفيه إنّ المراد من قوله عليه السلام أخذت منه ما أخذت نفوذ السيف فى الموضع

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۳۸۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۳۸۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴: ۳۸۷.

....

الشَرح: الّذى هو العنق والرقبه، كما فى صحيحه جميل عن، أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «تضرب عنقه أو قال رقبته»(۱)، وكذا فيما رواه الكلينى بسنده عنه، قال: قلت لإبى عبداللّه عليه السلام أين يضرب الّذى يأتى ذات محرم بالسيف أين هذه الضربه، قال: «تضرب عنقه أو قال : تضرب رقبته»(۲).

وعبرنا بالصحيح لأنّ الصدوق قدس سره إلى جميل بن دراج ومحمّد بن حمران صحيح، على ما فى مشيخه الفقيه، ويستظهر أنّ طريقه لا يختص بالكتاب المسترك بين دراج ومحمّد بن حمران، بل لا يبعد أن يكون طريق الكلينى أيضاً معتبراً لأنّ الحكم بن مسكين من المعاريف فى الحديث ولم يرد فيه قدح.

وعلى الجمله ظاهر ضرب رقبه الشخص أو عنقه بالسيف قتله، ويؤيّد ذلك روايه سليمان بن هلال، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يفعل بالرجل، فقال: «ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب أقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذت منه ما أخذت، فقلت له: هو القتل، قال هو ذاك»(۳) ولذا عبّر الاصحاب عن هذا الحدّ بالقتل.

وامّا الروايتان فضعيفتان حيث إنّ الأولى مرسله ومحمّد بن عبداللّه بن مهران، ضعيف، والثانيه رواها فى الوسائل عن الفقيه عن صفوان بن مهران عن عامر بن السمط، ولم يثبت وثاقه عامر، مع انّ المذكور فى النسخه المطبوعه عمرو بن المسمط، وهو غير مذكور فى الرجال، وأخرجها فى الفقيه، فى باب

ص: ۹۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۰: ۳۸۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۳: ۳۸۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۴۱۶.

....

الشَرح: الحبس يتوجّه إلى الحكام، فالمتعيّن الأخذ بظاهر صحيحه جميل من هذه الجهه، يعنى تعيّن ضربه بالسيف فى عنقه، يعنى قتله بذلك.

نعم، فى البين موثقه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا زنى الرجل بذات محرم حدّ الزانى الاّ انّه اعظم ذنباً»(۱).

وقد حمل الشيخ قدس سره هذه على تخييرالإمام فى المحصن بين أن يرجمه أو يضربه بالسيف، لأنّ الرجم أيضاً قتل.

ولكن لا يخفى أنّ غير المحصن يجلد والمحصن يرجم وأنّ الزنا بذات المحرم لا يختلف فى الحدّ عن الزنا بغيزها بل اختلافهما فى الذنب، حيث إنّ الاثم فى الزنا بذات المحرم أعظم، فالروايه بظاهرها معرض عنها عند الاصحاب، وببالى أنّ القول بالتسويه محكى عن العامه ولعلّها قرينه على كونها لرعايتها.

ثمّ إنّ المحكى عن ابن ادريس جلد الزانى بذات المحرم أوّلاً ثم قتله إذا كان غير محصن، وإذا كان محصناً جلد ثم يرجم.

ولكن لا يعرف لهذا القول وحه، فانّ ظاهر ما تقدّم تعيين حدّ الزنا بذات المحرم فى قتله بضرب عنقه بالسيف، وما ورد فى جلد الزانى إذا كان غير محصن ورجمه إذا كان محصناً يرفع اليد عن اطلاقهما بما تقدّم من الروايات الوارده فى خصوص الزانى بذات المحرم، حتى لو بنى أنّ النسبه بين ما ورد فى كل من الزانى غير المحصن والزانى المحصن وبين روايات المقام العموم من وجه لاطلاقها بالاضافه إلى المحصن وغيره يقدّم ما ورد فى الزانى بذات محرمه، لأنّ تقديم ما

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۸: ۳۸۶.

حد الزنا بالمحارم سبباً

..... .

الشَرح: ورد فى الزانى المحصن والزانى غير المحصن عليها يوجب الغاء روايات المقام كما لا يخفى .

هذا كلّه بالاضافه إلى ذات المحرم نسباً، وامّا ذات المحرم بالسبّب، كالزنا بأمّ الزوجه أوبنت الزوجه ونحو ذلک، فقد يقال: بأنّ الثابت فيه حدّ مطلق الزنا لا القتل، تحفظاً على الدماء وعدم التهجم عليها وانصراف ذات المحرم إلى ما كان التحريم بالنسب.

وفيه بعد ما قام الدليل على أنّ بذات المحرم هو القتل، واقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ذاک المحرم نسباً أو سبباً، فلا يكون جريانه على الزنا بذات المحرم سبباً من التهجّم على الدماء، ودعوى الانصراف لا ـ أساس لها، كما يظهر من ملاحظه موارد الاطلاقات.

وممّـا ذكر يظهر الحال ما إذا كان التحريم بالرضاع، وإن ذكر فى الجواهر عدم ظهور الروايات فى ذات المحرم بالرضاع وانصرافها إلى غيرها، ولذا لا تثبت الولايات ونحوها فى موارد الرضاع، فلا يكون للأب والجدّ من الرضاع ولايه على الصغير وما له، ولا على الباكره فى نكاحها، ولا يكون للأم رضاعاً حق الحضانه إلى غير ذلک.

حد الزنا بالمحارم رضاعاً

وفيه انّ الولايه فى لسان الأدله للأب والجد وحقّ الحضانه للام، ولا ينبغى التأمّل فى انصراف مثل هذه العناوين إلى ما كان بالنسب، ولذا لو أوصى بشيء من ماله على امّه يكون لأمّه نسباً، ولكن حدّ القتل فى المقام ذكر للزنا بذات المحرم، والانصراف فى هذا العنوان غير صحيح.

نعم، دعوى أنّ الرضاع لحمه كلحمه النسب، مقتضاه جريان تمام احكام

ثبوت القتل على زنا الذمی بالمسلمه

الذمی إذا زنی بمسلمه[۲]،

الشَرح: النسب على الرضا عليه السلام أيضاً، الاّ أن يثبت المخرج عنه، لا يمكن المساعده عليها، لما ذكرنا فی محلّه من أنّ الثابت هو انّه يحرم من الرضا ما يحرم من القرابه أو ما يحرم من النسب، دون التنزيل المزبور.

[۲] الظاهر عدم الخلاف بين الاصحاب فی أنّ الذمی إذا زنی بمسلمه قتل، سواء كانت بالاكراه عليها أو بمطاوعتها، كان الزانی مراعياً لشرائط الذمه قبل فجوره أم لا، محصناً أو غير محصن.

حد زنا الكافر غير الذمی بالمسلمه

ويستدلّ على ذلك بصحيحه حنان بن سدير، عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن يهودی فجر بمسلمه، قال: «يقتل»(۱).

وهذه الصحيحه وإن وردت فی اليهودی الاّ أنّه لا يحتمل الفرق بينه وبين النصرانی والمجوسی، ويدلّ على المساواه بالاضافه إلى النصرانی خبر جعفر ابن رزق اللّه الآتی، ولضعف سنده صالح للتأييد.

وأما سائر الكفار وغير الذمی، فلا ينبغی التأمّل فی جواز قتلهم بدون فجورهم، ولا يحتمل أن يكون جزائهم على فجورهم أخفّ من فجور الذمی، مع أنّ المفروض فی صحيحه حنان بن سدير: «يهودی فجر بمسلمه».

عدم سقوط الحد عن الكافر الزانی بالمسلمه بإسلامه

ثم إنّ الذمی إذا ثبت فجوره عند الحاكم وأسلم للتخلص من حدّ القتل فلا يوجب اسلامه سقوط الحدّ، كما هو مقتضى اطلاق الصحيحه.

ويدلّ على ذلك خبر جعفر بن رزق اللّه، قال: قدّم إلى المتوكّل رجل نصرانی فجر بامرأه مسلمه وأراد أن يقيم عليه الحدّ، فقال يحيى بن اكثم: قد هدم ايمانه

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۸:۳۸۶.

ثبوت القتل على الزنا بالإكراه

وكذا من زنى بامرأه مكرهاً لها[۱].

الشَرح: شركه وفعله، وقال بعضهم: يضرب ثلاثه حدود، وقال بعضهم: يفعل به كذا وكذا، فأمر المتوكّل بالكتاب إلى أبى الحسن عليه السلام وسؤاله عن ذلك، فلمّا قدم الكتاب كتب أبو الحسن عليه السلام : «يضرب حتى يموت»، فأنكر يحيى بن اكثم وانكر سائر فقهاء العسكر ذلك وقالوا: يا أمير المؤمنين سله عن هذا فانّ هذا شيء لم ينطق به كتاب اللّه ولم تجى ء به السنه، فكتب أنّ فقهاء المسلين قد أنكروا هذا وقالوا: لم تحى ء به سنه ولم ينطق به كتاب فبيّن لنا بما أوجبت عليه الضرب حتى يموت، فكتب عليه السلام : «بسم الله الرحمن الرحيم «فَلَمَّا رَأوا بأسَنا قالوا آمنّا بِاللّه وَحْدَهُ وَكَفَرْنا بِمَا كُنّا بِهِ مُشْرِكينَ فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ ايمانُهُمْ لَمَّا رَأوْا بَأسَنا سُنَّتَ اللّه الَّتى قَدْ خَلَتْ فى عِبادِهِ وَخَسِرُ هُنالِكَ الْكافِرُونَ»(۱)، قال: فأمر به المتوكّل، فضرب حتى مات»(۲).

ولكن لا دلاله له على سقوط الحدّ إذا أسلم طوعاً لا للتخلّص عن جزاء فجوره، حيث يمكن لعدم السقوط فى فرض الاسلام طوعاً موجب آخر، فالمتبّع الصحيحه، واللّه العالم.

[۱] الزنا بامرأه مكرهاً لها يوجب القتل من غير فرق بين كون الزانى محصناً أو غيره كونه شاباً أو شيخاً، عبداً أو حرّاً، مسلماً أو غيره، بلا خلاف ظاهر، ويدل عليه صحيحه بريد العجلى، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأه فرجها؟ قال: «يقتل محصناً كان أو غير محصن»(۳).

وصحيحه زراره، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام الرجل يغضب المرأه نفسها، قال:

۱- (۱) غافر: ۴۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲:۴۰۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱:۳۸۲.

حد الزنا بامرأه الأب والابن

ولاـ يعتبر فی هـذه المواضع الاحصـان، بـل يقتل علی كلّ حال، شـيخاً كان أو شاباً، ويتساوی فيه الحر والعبـد والمسـلم والكافر، وكذا قيل فی الزنا بامرأه أبيه[۱]أو ابنه.

الشَرح:

«يقتل»(۱)، وفی صحيحه الاخری عن أحدهما عليه السلام فی رجل غصب امرأه نفسها، قال: «يقتل»(۲).

وفی مقابل ذلک خبره عن أبی جعفر عليه السـلام فی رجل غصب امرأه فرجها، قال: «يضـرب ضربه بالسيف بالغه مابلغت» حيث ربمّا يستظهر منه أنّ الزنا اكراهاً الضربه الواحده بالسيف، سواء كانت قاتله أم لا.

وفيه ما تقدم من ظهورها فی كون الحدّ قتلًا، هذا مع ضعف الخبر سنداً، فانّ فی سنده علی بن حديد، ولم يثبت له توثيق.

نعم فی مصـححه أبی بصـير عن أبی عبداللّه عليه السـلام : إذا كابر الرجل المرأه علی نفسـها ضـرب ضـربه بالسيف مات منها أو عاش»(۳)، ولكن فی دلالتها علی فرض وقوع الزنا تامّلًا، ولعله حدّ للتصدی لوقوعه.

[۱] القائـل الشـيخ والحلـبی وابنـا إدريس وزهره وغيرهـم، وهـو المنسـوب فی كلاـم بعض إلی الاـكثر، وكلاـم بعض آخر إلی المشهور، وعن ابن إديس إالحاق الزنا بامرأه الابن بالزنا بامرأه الأب.

أقول: لو بنی أنّ الزنا بذات المحرم غير موجب للقتل مطلقاً بل يختص ذلک بذات المحرم نسـباً، فالحاق الزنا بامرأه الأب متعيّن، لمعتبره السكونی عن جعفر،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲:۳۸۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴:۳۸۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد الزنا، الحديث ۶:۳۸۵.

....

الشَرح: عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه رفع اليه رجل وقع على امرأه أبيه فرجمه وكان غير محصن(١).

الاّـ أنّ الالحاق فى مجرّد القتل لاـ فى سببه، فانّ ظاهرها القتل بالرجم، وحيث إنّ الرجم حدّ للزانى بامرأه أبيه ملحقاً بالزانى المحصن، وإن كان غير محصن، وأمّا الزانى بامرأه ابنه فلا موجب لالحاقه بامرأه الأب، وكذا الزانى بأمه الأب، حيث لا موجب فيهما لرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على أنّ الزانى مع عدم احصانه يجلد ومع احصانه يرجم.

وأمّا إذا بنى على عدم الفرق فى الزنا بذات المحرم بين النسب والسبب، فالحدّ هو القتل بالضرب فى عنق الزانى والزانيه بالسيف، يجرى الحكم فيمن زنى بامرأه ابنه، غايه الأمر يرفع اليد فيمن زنى بامرأه أبيه عن الاطلاق، ويلتزم فيه بقتله رجماً.

والحاصل، مقتضى ما تقدّم قتل الزانى بذات المحرم بالضرب بالسيف فى عنقه، وكذا الحال فى الزانيه وأمّا الزنا بامرأه مكرهاً لها، فحدّه القتل بأى آله، ولكن ظاهر الماتن أنّ الحدّ فى جميع موارد الزنا بذات المحرم والاكراه للمرأه والزنا بالمسلمه القتل بالسيف.

فى مقابل المحكى عن ابن إدريس انّه يجلد ثم مع عدم الاحصان ويجلد ثم يرجم مع الاحصان، وكانّه أراد الجمع بين ما دلّ على قتل الزانى ولو مع عدم احصانه، وما دل على أنّ الزانى غير المحصن يجلد.

ص: ٩۶

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ۶:٣٨۵.

الثانی: الرجم

ثبوت الرجم علی زنا المحصن والمحصنه

وهل یقتصر علی قتله [۱]بالسیف، قیل: نعم، وقیل: یجلد ثم یقتل ان لم یکن محصناً ویجلد ثم یرجم ان کان محصناً، عملاً بمقتضی الدلیلین، والأوّل أظهر.

وأمّا الرجم: فیجب علی المحصن اذا زنی ببالغه عاقله، فان کان شیخاً أو شیخه جلد ثم رجم[۲]،

الشَرح:

ویؤید الجمع موثقه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا زنی الرجل بذات محرم حدّ الزنی الاّ أنّه اعظم ذنباً»، فانّ مقتضی کونه أعظم ان یقتل بعد الجلد إن لم یکن محصناً وإن کان محصناً یجلد ثم یرجم، فانّ الحد فی زنا الشیخ والشیخه الجلد ثم الرجم مع الاحصان، ولو اقتصر فی الزنا بذات المحرم مع الاحصان بالرجم أو القتل یکون الزنا بذات المحرم أهون.

أقول: ظاهر الموثقه کما ذکرنا سابقاً أنّ الزنا بذات المحرم اعظم أثماً، وانّ الحدّ الجاری علی الزانی بذات المحرم هو حد مطلق الزنا، فیکون جلداً مع عدم احصانه ورجماً مع الاحصان، ولذا ذکرنا أنّه لا عامل بظاهرها، فتطرح أو تحمل علی التقیه.

وایضاً أنّ الوارد فی الروایات فی الزنا بذات المحرم أو فی الزنا بالمسلمه أو مع الاکراه علی المرأه انّه حدّ الزنا المفروض فیها، الاّ أنّه حدّ یضاف الی حدّ مطلق الزنا.

[۱] یعنی هل یقتصر فی الموارد المتقدمه علی قتل الزانی بالسیف، أو یجلد ثم یقتل مع عدم الاحصان ویجلد ثم یرجم مع الاحصان، کما نقلنا ذلک عن ابن إدریس.

[۲] اتفق الاصحاب أنّ زنا المحصن ببالغه عاقله، وکذا زنا المحصنه ببالغ

ذهاب المشهور إلى ثبوت الرجم بعد الجلد على زنا الشيخ والشيخه مع الإحصان

....

الشَرح: عاقل موجب للرجم، والروايات الداله على ذلك مستفيضه على ما يأتى نقلها، والمشهور بين الاصحاب أنّ المحصن إذا كان شيخاً والمحصنه شيخه يجلد ثم يرجم.

وينسب الخلاف إلى العمانى حيث لم يذكر الجلد بل اطلق الرجم فى المحصن، ولا يبعد أن يكون مراده كالاطلاق فى بعض الروايات الرجم بعد الجلد، ويشهد لذلك صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الشيخ والشيخه جلد مائه والرجم والبكر والبكره جلد مائه ونفى سنه»(١).

وهذه الصحيحه وإن كانت مطلقه بالاضافه الى احصان الشيخ والشيخه وعدم احصانهما، الاّ أنه لا بُدّ من تقييد إطلاقها بالتقييد الوارد فى صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ والشيخه أن يجلد مائه وقضى للمحصن الرجم وقضى فى البكر والبكره إذا رنيا جلد مائه ونفى سنه فى غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولم يدخل بها»(٢).

ودعوى أنّ ظاهر هذه جلد الشيخ والشيخه بالمائه مع عدم الاحصان والرجم مع الاحصان بقرينه المقابله، لايمكن المساعده عليها، فانّه لا تقييد فى ناحيه الجلد بصوره عدم الاحصان، ومقتضى اطلاقه الجمع بينه وبين الرجم مع الاحصان.

ومع الاغماض عن ذلك وفرض عدم ظهورها فى ناحيه الجلد من حيث

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٩:٣٤٧.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢:٣٤٧.

....

الشَرح: الاطلاق والاختصاص بصوره عدم الاحصان، فلا ينبغى التأمّل فى دلالتها على اختصاص الرجم بصوره الاحصان، فيؤخذ بذلك ويرفع اليد عن إطلاق صحيحه الحلبى كما ذكرنا.

نعم فى صحيحه عبدللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «الرجم فى القرآن قول اللّه عزّ وجلّ، إذا زنى الشيخ والشيخه فارجموهما البتّه فانّهما قضيا الشهوه»(۱)، فانّ مقتضى التعليل فيهما عدم اختصاص الرجم بصوره الاحصان مع كون الزانى شيخاً أو الزانيه شيخه.

ولكن يتعيّن حملهما على التقيه، حيث إنّ الاساس فى كون رجمهما من القرآن هو الثانى، وعدم الذكر فى القرآن لنسخ التلاوه من توجيهاتهم، ولعلّه يشير الى ذلك تركه عليه السلام الذيل المروى نكاحاً الخ .

ووجه الاشاره أنّ الكلام المزبور لا يشبه فى سبك ألفاظه بالقرآن المجيد، والذيل المروى الّذى اريد به اعطاء الشباهه له لم ينقل فى كلامه عليه السلام ليعطى صوره ما جرى.

ثم انه قد ورد فى موثقه أبى العباس أو صحيحه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «رجم رسواللّه صلى الله عليه و آله ولم يجلد، وذكروا أنّ علياً رجم بالكوفه وجلد، فانكر ذلك أبو عبداللّه عليه السلام وقال: ما نعرف هذا أى لم يحدّ رجلًا حدين جلد ورجم فى ذنب واحد»(۲).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۳۴۶:۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۳۴۶:۵.

حكم زنا الشاب والشابه مع الإحصان

وان كان شاباً ففيه روايتان، احداهما يرجم لا غير[١]، والاخرى يجمع له بين الحدين، وهو أشبه.

الشَرح:

وقال الشيخ قدس سره بعد نقل الخبر: انّ لم يحدّ رجلًا حدين على عليه السلام تفسير من يونس، وليس بصحيح، والمشار اليه فى قول أبى عبداللّه عليه السلام : ما نعرف هذا قولهم أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله رجم ولم يجلد، ولو سلّم أنّ المشاراليه فعل على عليه السلام ، وأنّه عليه السلام لم يجمع بين الحدين فى رجل، فلعلّ عدم جمعه عليه السلام لعدم اتفاق الموضوع للجمع، فلا منافاه مع ما تقدّم.

أقول: لو فرض ظهوره فى عدم جواز الجمع بين الجلد والرجم فيحمل على التقيه، لأنّ عدم الجمع بينهما فى الشيخ والشيخه مذهب العامه، حيث ظاهرهم تعيّن الرجم، بلا فرق بين احصان الشيخ والشيخه أو عدم احصانهما.

[٢] اذا كان الزانى أو الزانيه غير شيخ وشيخه، فقد ذكر الماتن أنّ فى البين طائفتين من الاخبار، الأولى: انّه يرجم من غير جلد، والثانيه: انّه يجلد ثم يرجم، وانّ الثانيه اشبه، كما حكى الجمع بين الحدين عن الشيخين والمرتضى وابن إدريس وجلّ المتأخرين بل الى المشهور، وفى الانتصار انّه من منفردات الاماميه خلافاً لبعض الاصحاب حيث اختار والرجم من غير جلد.

ويستدلّ على المنسوب الى المشهور بصحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «فى المحصن والمحصنه جلد مائه ثم الرجم»(١)، وصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام : «فى المحصن والمحصنه جلد مأه ثم الرجم»(٢)، وصحيحه

١- (١) الوسائل:١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨:٣٤٧.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ١٤:٣٤٨. الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨:٣٤٧. الوسائل:١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨:٣٤٧.

....

الشَرح:

يل قال: سـمعت أبا عبـداللّه عليه السـلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام الى أن قال الاّ الزانى المحصن فانّه لا يرجمه إلاّ أن يشهد عليه أربعه شهداء، فاذا شهدوا ضربه الحد مائه جلده ثم يرجمه»(۱).

ومقتضـى اطلاق هذه الروايات الجمع بين الحدّين فى المحصن والمحصـنه، من غير فرق بين الشيخ والشيخه والشابه، ولكن لابُدّ من رفع اليد عن إطلاقها بالاضافه الى غير الشـيخ والشيخه، وذلك فانّ فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «الرجم حدّ اللّه الأكبر والجلد حدّ اللّه الاصغر، فاذا زنى الرجل المحصن رجم ولم يجلد».

فالمستفاد منها عدم اجتماع الحدين فى المحصن بلا فرق بين الشاب والشابه وغيرهما، وقد دلت بعض الروايات على لزوم الجمع بين الحدين فى الشـيخ والشيخه، واذا خرج الشيخ والشيخه مع احصانهما عن صحيحه أبى بصير، فيكون مدلولها هو أنّ المحصن يرجم ولاـ يجلـد فى غير الشـيخ والشـيخه، وهـذا المضـمون أخصّ من الروايات المتقـدّمه الـداله باطلاقها انّ المحصن يجلـد ثم يرجم، فيقيّد اطلاقها.

فيكون حاصل الجمع بين الطوائف الثلاث الزانى والزانيه مع احصانهما

ص :۱۰۱

۱- (۱) الوسائل:۱۸، البـاب ۱، من أبواب حـد الزنـا، الحـديث ۱۵ :۳۴۶. الوسائـل: ۱۸، البـاب ۱ من أبواب حـد الزنا، الحـديث ۱۴:۳۴۸.

....

الشَرح:

يجلدان ثم يرجمان إذا كانا شيخاً وشيخه، ويرجمان من غير جلد إذا لم يكونا شيخاً وشيخه، كما يدلّ على ذلك خبر عبداللّه بن طلحه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «إذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبه لهما وإذا زنى النصف من الرجال رجم ولم يجلد إذا كان قد احصن الخبر»(۱). ولضعف سنده يصلح لتأييد ما ذكرنا.

وربما يقال: انّ ما تقدم من الجمع بين الطوائف الثلاث مبنى على الالتزام بانقلاب النسبه، ولو قيل بعدم صحه الالتزام المزبور توقف الجمع بين المتعارضين المتباينين على وجود شاهد الجمع بينهما، بأن يكون فى البين خطابين أو خطاب له لسانان يختصّص أحد المتعارضين بخطاب أو باحد لسانين ويختصّص الآخر بخطاب آخر أو لسان آخر حتى يرتفع التنافى بينهما، فالمتعين الالتزام بالرجم، لأنّه لا تعارض بين الطائفتين بالاضافه اليه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ البناء على انفلاب النسبه بناء على الصحيح، كما بينا فى بحث الاصول، ومع الاغماض عنه فالطائفه المثبته للجلد موافقه لاطلاق الكتاب المجيد فتقدم، وأيضاً القول بأنّ الرجم متفق عليه من مدلول الطائفتين لا يخلو عن المناقشه، لأنّ الرجم فى احداهما مقيد بوقوعه بعد الجلد، وفى الآخرى ليس فيه قيد، فكيف تتفقان.

ص: ۱۰۲

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۱:۳۴۷. الوسائل:۱۸، الباب ۱، من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۵:۳۴۶. الوسائل:۱۸، الباب ۱، من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۵:۳۴۶.

حکم زنا المحصن والمحصنه بغیر البالغه والبالغ

ولو زنی البالغ المحصن بغیر البالغه أو وبالمجنونه فعلیه الحدّ لا الرجم، وکذا المرأه لو زنی بها طفل، ولو زنی بها المجنون فعلیها الحدّ کاملاً[۱]،

الشَرح:

نعم، قد یقال بأنّ الجمع بین الطوائف الثلاث المبنی علی انقلاب النسبه غیر صحیح، لمنافاه الجمع المزبور مع موثقه زراره عن أبی جعفر علیه السلام فی امرأه زنت فحبلت فقتلت ولدها سرّاً فأمر بها فجلدها مائه جلده ثم رجمت، وکانت أوّل رجمها»(۱).

ولکن لا یخفی ما فیه حیث إنّه لم یفرض فی الروایه إحصانها، فلعلّها حد للزانیه التی قتلت ولدها، سواء کانت محصنه أم لا.

[۱] ذکر قدس سره أنّه لو زنی البالغ المحصن بغیر البالغه أو المجنونه لا یتعلّق به الرجم بل یتعلّق به الحدّ یعنی الجلد، کما علیه الشیخ قدس سره فی النهایه ویحیی ابن سعید فی جامعه وعن الشهید فی الروضه نسبه الی الشهره، خلافاً للمحکی عن الحلبی وابنی زهره وإدریس، حیث ذکروا أنّ الزانی بغیر البالغه والمجنونه مع احصانه یرجم.

حد الزانیه إذا کان الزانی بها مجنوناً

ولاـ ینبغی التأمّل فی أنّ مقتضی مثل صحیحه أبی بصیر المتقدّمه إذا زنی الرجل المحصن یرجم ولم یجلد،تعیّن الرجم فی الفرض أیضاً، ولابُدّ فی رفع الید عن اطلاقها وتقییدها بما إذا لم یکن المزنی بها صغیره أو مجنونه من قیام الدلیل علیه .

ولیس فی البین الاّ ما یقال من استفادته من صحیحه سلیمان بن خالد عن أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی غلام صغیر لم یدرک ابن عشر سنین زنی بامرأه،

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱۳:۳۴۹.

....

الشَرح:

قال: «يجلـد الغلام دون الحدّ وتجلد المرأه الحد كاملًا»، قيل: فان كانت محصـنه؟ قال: «لا ترجم لأنّ الذى نكحها ليس بمدرك ولو كان مدركاً رجمت»(۱).

ولكن مـدلولها كمـا تقـدّم عـدم تعلّق الرجم بـالمرأه المحصـنه إذا كـان الزانى بهـا غير مـدرك، وأمّـا عـدم تعلّق الرجم بالرجل المحصن مع كون المزنى بها صغيره، فلا دلاله لها على ذلك بوجه.

ومـا قيل من نقص اللـذّه فى الزنا بغير البالغه ونقص حرمه غير البالغه والمجنونه ولـذا لا يتعلّق الحـد بقاذفهما كماترى، فانّ نقص اللذه لو كان موجباً لعدم تعلّق الرجم، لكان الزنا بالعجوزه موجباً لتعلّق الجلد بالزانى ولو كان محصناً.

ولو كان الزنا مع نقص الحرمه مانعاً من تعلّق الرجم بالزانى المحصن لكان زنا المحصن بالكافره موجباً لتعلّق الجلد دون الرجم.

نعم فى الموثق عن أبى مريم، سـألت أبا عبـداللّه عليه السـلام فى آخر ما لقيته عن غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأه وفجر بامرأه أىّ شـىء يصـنع بهما،؟ قال: «يضرب الغلام دون الحد ويقام على المرأه الحدّ»، فقلت: جاريه لم تبلغ وجدت مع رجل يفجر بها، قال: «تضرب الجاريه دون الحدّ ويقام على الرجل الحدّ»(۲)، فيقال: المراد بالحـدّ فى كلتا العبارتين الجلد بالمائه، فيكون ظاهرها انّ البالغ أيضاً لا يتعلّق به الرجم إذا كان المزنى بها صغيره.

۱- (۱) الوسائل:۱۸، الباب ۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱:۳۶۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۹، من أبواب حد الزنا، الحديث ۲:۳۶۲. الوسائل:۱۸، الباب ۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱:۳۶۲.

عدم ثبوت الحد على المجنون الزانى ووجوب منعه عن ذلک بما أمکن

وفى ثبوته فى المجنون تردّد[۱]، والمروى أنّه يثبت.

الشَرح:

وبتعبير آخر، التفکيک فى المراد من الحدّ بين الفرضين الواردين فى السؤال، بأن يکون المراد منه الجلد التام فى فرض صغر الزانى واجلد والرجم فى فرض صغر المزنى بها، ولو کان هذا التفکيک بتقيد اطلاق الحد فى الفرض الأوّل بصحيحه سليمان بن خالد عن أبى بصير أمر بعيد، ولکن دعوى البعد لا يخلو عن المناقشه.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره إذا کان الزانى بالمرأه مجنوناً يتعلّق بها الحدّ التام يعنى الجلد بالمائه مع عدم احصانها والرجم مع احصانها، وقد تقدّم انّ ذلک مقتضى ما دلّ أنّ غير المحصنه تجلد والمحصنه ترجم، وفى ثبوت الحدّ للزانى المجنون تردّد، والمروى أنّه يتعلّق به الحدّ، فان کان المجنون غير محصن يجلد وإن کان محصناً يرجم.

کما يدلّ على ذلک خبر أبان بن تغلب، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحدّ وان کان محصناً رجم» قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونه والمعتوه والمعتوهه؟ فقال: «المرأه انما تؤتى والرجل يأتى، وانّمايزنى اذا عقل کيف يأتى اللذه، وان المرأه انما تستکره ويفعل بها وهى لا تعقل ما يفعل بها»(۱).

وفيه کما تقدم، انّ الروايه ضعيفه بإبراهيم بن الفضل الهاشمى، حيث لم يثبت له توثيق، ومقتضى رفع القلم عن المجنون عدم ثبوت الحرمه والحدّ فى حقّه.

وقد ذکرنا فيما مر أنّه يستفاد من صحيحه فضيل بن يسار عدم تعلّق الحد بالمجنون، من غير فرق بين حدّ القذف أو غيره، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول:

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲:۳۸۸.

الثالث: الجلد والتغريب

ثبوت الجلد والتغريب على الزانى المملك غير المحصن

وأمّا الجلد والتغريب: فيجبان على الذّكر الحر غير المحصن، يجلد مأه ويجزّ رأسه ويغرّب عن مصره عاماً، مملكاً كان أو غير مملك[١]، وقيل: يختص التغريب بمن أملك ولم يدخل، وهو مبنى على أنّ البكر ما هو، والا شبه انّه عباره عن غير المحصن وان لم يكن مملكاً.

الشَرح:

«لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعنى لو انّ مجنوناً قذف رجلاً لم أر عليه شيئاً، ولو قذفه رجل فقال: يا زان لم يكن عليه حدّ»(١).

وعلى الجمله، ضعف روايه أبان بن تغلب، وعدم عمل المشهور بها ليدعى انجبار ضعفها بعملهم وعموم رفع القلم عن المجنون، وظاهر صحيحه فضيل بن يسار، يقتضى الالتزام بنفى الحدّ عن المجنون، سواء كان جلداً أو رجماً، نعم يجب منعه عن الفساد بأىّ وسيله ممكنه، منها ضربه وحبسه، أو حتّى جرحه وقتله، إذا توقف منعه عليه، وهذا أمر آخر، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] الزانى غير المحصن والزانيه غير المحصنه يجلد كلّ منهما مائه جلده، وعن جماعه من القدماء والمتأخرين بل المنسوب الى المشهور أنّه يضاف الى الجلد فى الزانى جز شعر رأسه أو حلقه وتغريبه عن مصره سنه، بلا فرق بين كون غير المحصن مملكاً أو غيره، والمراد من الملك المتزوج بامرأه ولكن لم يدخل بها وغير المملك غير المتزوج، خلافاً لجماعه حيث خصوّا بالتغريب بل بالجز المملك.

وذكر الماتن قدس سره أنّ الاختلاف مبنىّ على تعيين البكر، حيث ورد فيه أنّه يجلد

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١:٣٣٢. الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢:٣٨٨. الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢:٣٨٨. الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢:٣٨٨.

....

الشَرح:

وينفى، وانّ الاشبه كون المراد منه غير المحصن، سواء كان مملكاً أم لا.

أقول: لاـ ينبغى التأمّـل فى أنّ جز الشعر أو حلقه يختص بـالمتزوج الـذى لم يـدخل بزوجته، فـانّ هـذا الحكم وارد فى صحيحه حنان، قال: سأل رجل أبا عبداللّه عليه السـلام وأنا أسمع عن البكر يفجر وقد تزوج ففجر قبل أن يدخل باهله، فقال: «يضرب مائه ويجز شعره وينفى من المصر حرلاً ويفرّق بينه وبين اهله»(١).

وفى صحيحه على بن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قـال: سـألته عن رجـل تزوج امرأه ولم يـدخل بها فزنى ما عليه؟ قال: «يجلد الجلد ويحلق رأسه ويفرّق بينه وبين أهله وينفى سنه»(٢).

ويختصّ مـدلولهما بغير المحصن المملـك، فالتعـدّى منه إلى غير المملك بلا وجه، ومقتضـى الجمع بينهما التخيير بين جزّ شعر المملك وحلقه.

وأمّـا بالاضافه إلى النفى سنه، فالوارد فى بعض الروايات وإن كان عنوان البكر والزانى غير المحصن، كصحيحه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الزانى إذا زنى أينفى؟ قال: فقال: «نعم من التى جلد فيها الى غيرها»(٣)، ونحوها غيرها.

الاّ أنّه لابُدّ من رفع اليد عن إطلاقها وحملها على غير المحصن المملك،

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧: ٣٥٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨:٣٥٩. الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧: ٣٥٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢: ٣٩٣. الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨:٣٥٩.

....

الشَرح:

بشهاده معتبره زراره عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «الذی لم یحصن یجلد مائه جلده، ولا ینفی، والذی قد أملك ولم یدخل بها یجلد مائه وینفی»(۱).

وهذه مرویه فی الکافی والتهذیبین، رواها الحسین بن سعید عن فضاله، عن موسی بن بکر، عن زراره، وقد تعرضنا فی بحث الطبقات لموسی بن بکر الواسطی، وذکرنا أنّه من المعاریف مع عدم ثبوت قدح فیه، وهذا المقدار یکفی فی اعتبار روایته.

وما یقال فی وجه اعتباره انّه موثق بتوثیق صفوان بن یحیی الراوی لکتابه، حیث إنّه قال عند دفع کتابع إلی الحسن بن محمّد بن سماعه أنّه ممّا لا یختلف فیه اصحابنا، وقد روی الکلینی فی باب میراث الولد مع الزوج عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمّد بن سماعه، قال: «دفع صفوان کتاباً لموسی بن بکر فقال لی: هذا سماعی من موسی بن بکر وقرأته علیه، فاذا فیه موسی بن بکر، عن علی بن سعید، عن زراره، قال: هذا ممّا لیس فیه اختلاف عند اصحابنا عن أبی عبداللّه وأبی جعفر علیه السلام ، أنّهما سئلا(۲) الخ، بدعوی أنّ هذا مما لیس فیه اختلاف من قول صفوان لحسن بن محمّد بن سماعه، وهذه اشاره الی موسی بن بکر أو کتابه، وعلی کلا التقدیرین یفید توثیقه.

ولکن الوجه المزبور ضعیف غایته، فانّ: «هذا ممّا لیس فیه خلاف» قول

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۷: ۳۴۷. الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۲: ۳۹۳.

۲- (۲) الکافی ج ۷ باب میراث الولد مع الزوج، الحدیث ۳: ۹۷.

....

الشَرح:

زراره، وهـذا اشـاره إلى ما يرويه عن أبى جعفر عليه السـلام ، كما يظهر ذلك من بعض الروايات التى يرويها زراره فى الميراث عن أبى عبداللّه وأبى جعفر عليهماالسلام .

واوضـح بعض الروايات ما رواه الكلينى فى باب ابطال العول عن على بن ابراهيم، عن محمّـد بن عيسـى، عن يونس، عن موسـى بن بكر، عن على بن سـعيد، قال: قلت لزراره: إنّ بكير بن أعين حـدثنى عن أبى جعفر عليه السـلام أنّ السـهام لا تكون أكثر من سنه، فقال: هذا ممّا ليس فيه اختلاف بين أصحابنا عن أبى عبداللّه وأبى جعفر عليهماالسلام (١)، ووجه كونه أوضح انّه ليس فى البين دفع كتاب ولا سندها صفوان.

ويشـهد ايضاً لاختصاص النفى بالمملك صـحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السـلام : «قضـى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشـيخ والشـيخه أن يجلـدا مـائه، وقضـى للمحصـن الرجم، وقضـى فى البكر والبكره إذا زنيـا جلـدا مـائه، ونفى سـنه فى غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولـم يدخل بها»(٢).

ودعوى أنّ التفسـير من الراوى فلاـ تكون دليلاًـ على اختصاص النفى بالمملك، لا يمكن المساعـده عليها، فانّ الوارد فى الروايه هو العطف التفسيرى لاـ التفسير بـأداته، وعـدم الجمله العطفيه فى نقل الشـيخ بسـند آخر لا يضـرّ، لأنّ الزياده لعلّها لم تصل اليه بذلك السند.

والمتحصّل أنّ مقتضى معتبره زراره وصحيحه محمّد بن قيس رفع اليد عن

١- (١) الكافى ج ٧ باب آخر فى ابطال العول، الحديث ٢: ٨١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢٠: ٣٥٠.

لا تغريب ولا جز على الزانيه

وأمّا المرأه فعليها الجلد ماه، ولا تغريب ولا جزّ[۱].

الشَرح:

إطلاق الروايات الوارده فى أنّ يخرج الزانى من مصره أو من المصر الـذى جلـد فيه إلى مصر آخر بحملها على من املك ولم يـدخل بهـا، ولاـ يلزم من تقييـدها حملها على من املك ولم يـدخل بها، ولا يلزم من تقييـدها حملها على الفرد النادر، فانّ كون الرجل مملكاً لم يدخل بامرأته غير عزيز.

[۱] امّـا أنّه لاـ يكون على المرأه حلق شعر الرأس أو جره، فلا ينبغى التأمّل فيه، لأنّ الجز أو الحلق ورد على الزانى غير المحصـن المملك على ما تقدم، فالتعدى إلى الزانيه بلا وجه.

وأمّا النفى سنه، فقـد ادعى عـدم ثبوته على المرأه، والمحكى عن ابن أبى عقيل وابن الجنيـد ثبوت النفى فى حقّ كل من الزانى والزانيه مع عدم احصانهما، وتردد الشهيد الثانى فى ثبوته على المرأه، واكثر الروايات وارده فى حق الزانى، ولكن ورد فى بعضها ثبوته للزانى والزانيه.

وفى صـحيحه الحلبى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام ، قال: «فى الشـيخ والشـيخه جلـد مائه والرجم والبكر والبكره جلـد مائه ونفى سنه»(۱).

وفى صـحيحه محمّـد بن قيس عن أبى جعفر عليه السـلام : «قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام فى الشـيخ والشـيخه أن يجلدا مائه وقضى للمحصن الرجم وقضى فى البكر والبكره إذا زنيا جلد مائه ونفى سنه فى غير مصرهما»(۲).

وروايه عبدالرحمان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «كان على عليه السلام يضرب الشيخ

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۹: ۳۴۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۳۴۵.

حد المملوک والمملوکه الزانیین

والمملوک یجلد خمسین، محصناً کان أو غیر محصن، ذکراً کان أو أنثی، ولا جزّ علی احدهما ولا تغریب[۱].

الشَرح:

والشیخه مائه ویرجمهما ویرجم المحصن والمحصنه ویجلد البکر والبکره وینفیهماسنه»(۱).

ویشهد أیضاً لعموم النفی وثبوته فی حق المرأه ما ورد فی المرأه المستکرهه للزنا والمجنونه أنها لا تملک نفسها ولیس علیها حدّ ولا نفی، فانّ ظاهره عدم ثبوت النفی علی المستکرهه أو المجنونه لعدم کونها مالکه لنفسها، ولو لم یثبت فی حق المرأه نفی لما کان لذکر النفی وجه.

وکذا ما ورد فی الأمه الفاجره أنّها لا تنفی حتی تعتق، فانّ جعل الغایه لانتفاء النفی عن الامه عتقها مقتضاه ثبوت النفی علی المرأه أیضاً.

ودعوی أنّه لا یحتمل ان یجری التغریب علی المرأه لأنّ بعدها عن أهلها وغیابها عنهم، خصوصاً مع اشتداد فقرها وحاجتها إلی النفقه یوجب شدّه جرأتها علی الفجور، وتغریبها مع المحرم من قبیل حمل وزرها علی غیرها، ولا تزر وازره وزر اُخری، لایمکن المساعده علیها، فانّه من قبیل الاجتهاد فی مقابل النص، وعلی الحاکم والوالی ترتیب التغریب علی نحو لا یترتب علیه محذور بل یترتب علیه ارتداعها.

[۱] لا یثبت علی المملوک غیر الجلد، بلا فرق بین کونه محصناً أو محصنه، ذکراً کان أو انثی، شیخاً أو شیخه، مسلماً أو مسلمه، کافراً أو کافره، ولم یحک الخلاف فی ذلک، بل عن جماعه دعوی الاجماع علیه.

ویشهد له بعد ظاهر الکتاب المجید: «فَعَلَیْهِنَّ نِصْفُ ما عَلَی الْمُحْصنَاتِ»(۲)، ما

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد الزنا، الحدیث۱۲: ۳۴۸.

۲- (۲) النساء: ۴.

قتل الزانی بتکرار الزنا والجلد ثلاثاً أو أربعاً

ولو تکرّر من الحرّ الزنا فاقیم علیه الحدّ مرتین قتل فی الثالثه، وقیل فی الرابعه، وهو اولی[۱]،

الشَرح:

تقدم من اعتبار الحریه فی الاحصان، وفی صحیحه أبی بصیر المرادی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال فی العبد یتزوج الحرّه ثم یعتق فیصیب فاحشه، قال، فقال: «لا رجم علیه حتی یواقع الحره بعد ما یعتق الحدیث»(۱)، وفی صحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی العبید إذا زنی احدهم أن یجلد خمسین جلده، وإن کان مسلماً أو کافراً أو نصرانیاً ولا یرجم ولا ینفی»(۲).

هذا بالاضافه إلی العبد وأمّا الأمه فمع أنّه لا یحتمل اختلافها مع العبد کما هو ظاهر الآیه المبارکه، فقد ورد فی صحیحه محمّد بن قیس الوارده فی المکاتبه التی أدت بعض مکاتبتها عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «وأبی ان یرجمها وان ینفیها قبل ان یبیّن عتقها»(۳).

وعلی الجمله، لا یثبت علی المملوک الاّ الجلد بخمسین، ولا یثبت فی حق العبد الجزّ أو الحلق، لان الجزّ أو الحلق ذکر فی روایتین مع النفی، وقید النفی قرینه علی اختصاصهما بالحرّ علی ما تقدم.

[۱] المنسوب إلی المشهور ان الزانی غیر المحصن والزانیه غیر المحصنه إذا جلد ثلاث مرات یقتلان فی المره الرابعه، خلافاً للصدوقین وابن إدریس حیث قالوا بقتلها فی المره الثالثه، کأصحاب سائر الکبائر.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۵: ۳۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب۳۳ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۳: ۴۰۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۳۸۷.

قتل المملوک وجلده بتکرار الزنا

وأمّا المملوک فاذا اقیم علیه سبعاً قتل فی الثامنه، وقیل فی التاسعه، وهو أولی[۱].

الشَرح:

ویشهد لما علیه المشهور موثقه أبی بصیر، قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «الزانی إذا زنی یجلد ثلاثاً ویقتل فی الرابعه»(۱).

فی روایه مروان بن مسلم، عن عبید بن زراره أو برید العجلی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قلت: أمه زنت، قال: «تجلد خمسین جلده إلی ان قال: إذا زنت ثمانی مرات یجب علیها الرجم»، قلت: کیف صار فی ثمانی مرات؟ فقال: «لأن الحرّ إذا زنی أربع مرات واقیم علیه الحدّ قتل، فاذا زنت الأمه ثمانی مرات رجمت فی التاسعه»(۲)، وهذه لضعف سندها قابله للتأیید.

وکذا روایه محمّد بن سنان، عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه: «وعلّه القتل بعد اقامه الحدّ فی الثالثه علی الزانی والزانیه لا ستحقاقهما الحدیث»(۳).

وبذلک یرفع الید عن عموم صحیحه یونس بن عبدالرحمن عن أبی الحسن الماضی علیه السلام ، قال: «اصحاب الکبائر کلّها إذا اقیم علیهم الحدّ مرتین قتلوا فی الثالثه»(۴).

[۱] المشهور بین الاصحاب أنّه یقتل المملوک فی الثامنه بعد اقامه الحدّ علیه سبع مرات، وفی صحیحه برید عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا زنی العبد جلد خمسین فان عاد ضرب خمسین فان عاد ضرب خمسین، إلی ثمانی مرات، فان

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۳۸۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۲: ۳۸۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۴: ۳۸۷.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۳: ۳۸۷.

عدم ثبوت أكثر من حد واحد مع تكرار الزنا

وفى الزنا المتكرر حدّ واحد وان كثر[١]، وفى روايه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام : «ان زنى بامرأه مراراً فعليه حدّ وإن زنى بنسوه فعليه فى كل امرأه حدّ»، وهى مطرحه.

الشَرح:

زنى ثماني مرات قتل وأدّى الإمام قيمه إلى مواليه من بيت المال»(١).

ولكن عن الشيخ فى النهايه على ما قبل، وعن القاضى والجامع والمختلف والايضاح انّه يقتل فى المرأه التاسعه، لما ورد فى روايه بريد العجلى أو عبيد بن زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فاذا زنت الأمه ثمانى مرات رجمت فى التاسعه»(٢).

ولكن لا يخفى ضعف سندها، وتنافى ما ورد فيها مع ظاهر صدرها الظاهر فى قتل الحرّ فى الرابعه والأمه فى الثامنه على ما تقدم، وعليه فلا يمكن المساعده على ما فى المتن، من أنّ القول بقتله فى التاسعه اولى.

[١] المشهور أنّ الزنا المتعدد، سواء كان تكرره بحسب الايام أو بحسب الدفعات أو بحسب تعدد المرأه المزنى بها لا يوجب تكرر الحدّ، وإذا ثبت المتعدد من الزنا مع عدم جريان الحدّ على الزانى يجرى عليه حدّ واحد.

والكلام فيما إذا كان كلّ من المتعدد من قسم واحد، كما إذا زنى مع عدم احصانه مكرراً، وامّا تعدد القسم بأن زنى مع عدم إحصانه ثم زنى مع احصانه أو بالعكس، فهل يجرى عليه حدان الجلد أولاً ثم الرجم، أخذاً بما دلّ على أنّ الزانى مع إحصانه يجلد ومعه يرجم، لا يبعد ذلك.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢: ٤٠٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢: ٣٨٧.

....

الشَرح:

بل يمكن أن يستدل على ذلك بصيحه حماد بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكون عليه الحدود منها القتل، قال: «تقام عليه الحدود ثم يقتل»(۱).

ونحوها الصحيح عن عبداللّه بن سنان وابن بكير فى رجل اجتمعت عليه حدود فيها القتل، قال: «يبدأ بالحدود التى دون القتل ويقتل بعد»(۲)، ومثلهما صحيحه زراره(۳) وموثقه عبيد بن زراره(۴).

وعلى الجمله، الزنا المتكرر من قسم واحد لا يوجب تكرر الحدّ، فانّه إن كان المتكرر مع احصانه فالأمر ظاهر، فان القتل رجماً غير قابل للتكرار، وإذا كان مع عدم احصانه فعدم التكرار لتعلق الجلد فى الآيه المباركه والروايات على عنوان الزانى، ولا الزانى بزنا متعدد ام لا، ويجرى ذلك فى غير عنوان الزنا ممّا علق فيه الحد على العنوان المنطبق على شخص واحد، كقوله سبحانه: «اَلسَّارِقُ وَالسارِقَهُ فَاقْطَعُوا ايْديَهُما»(۵).

نعم، إذا صدق العنوان بعد إجراء الحد عليه، بأن زنى بعد الجلد أو سرق بعد الحدّ يجرى عليه الحد ثانياً، لظهور الخطأ بان الحدّ جزاء لما ارتكبه قبل ذلك، لا أنّه جزاء ايضاً على ما يرتكبه بعد ذلك.

ولو اغمض عمّا ذكرنا يكفى فى جريان الحدّ ثانياً بالارتكاب بعد الحدّ الاوّل

ص: ۱۱۵

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من مقدمات الحدود، الحديث ۵: ۳۲۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من مقدمات الحدود، الحديث ۶: ۳۲۶.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۲۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من مقدمات الحدود، الحديث ۲: ۳۲۶.

۵- (۵) المائده: ۳۸.

حكم زنا الذمی بکافره ذمیه أو غیرها

ولو زنی الذمی بذمیّه دفعه الامام الی اهل نحلته لیقیموا علیه الحدّ علی معتقدهم[۱]، وإن شاء أقام الحدّ بوجب شرع الاسلام.

الشَرح:

ما تقدم، مت أنّ الزانی إذا جلد ثلاث مرات یقتل فی الرابعه.

ویؤید ما علیه المشهور التعلیل الوارد فی تکرر السرقه قبل اجراء حدّ السرقه، وما علم من الشرع من بناء الحدود علی التخفیف.

ولکن ناقش بعضهم بأصاله عدم التداخل بعد کون کل زنا موجباً للحد، وقال مقتضی ذلک تعدد الحد، سواء کان المزنی بها واحده أم متعدده، وبما أنّه لا قائل بتعدد الحد مع وحده المزنی بها، فیرفع الید عن أصاله عدم التدخل.

ولکن لا یخفی ما فیه، فانّه لو تم انّ مقتضی الخطاب تعلّق الحدّ بکل زنا تعیّن الأخذ بأصاله عدم التداخل فی غیر مورد الاجماع علی التداخل، فیلتزم مع تعدد المزنی بها بتعدد الحد، کما هو المحکی عن الصدوق والاسکافی، بخلاف ما إذا کان الزنا بامرأه واحده فی یوم واحد متکرراً، فانّه لا یوجب تکرر الجلد.

ویستدل علیه بروایه أبی بصیر، عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: سألته عن الرجل یزنی فی الیوم الواحد مراراً کثیره، قال: فقال: «ان زنی بامرأه واحده کذا وکذا مره فانما علیه حد واحد، فان هو زنی بنسوه شتی فی یوم واحد وفی ساعه واحده فانّ علیه فی کل امراه فجر بها حدّاً(۱)، وذکر الماتن أنّها مطرحه لم یعمل بها، ویتعیّن أن یکون مراده عدم عمل المشهور، وعلی أیّ تقدیر فهی لضعف سندها بعلی بن أبی حمزه البطائنی لا تصلح للاعتماد علیها.

[۱] إذا زنا ذمیه أو کافره غیر ذمیه، فالمنسوب إلی المشهور بل ادعی عدم

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب۲۳ من مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۹۲.

....

الشَرح:

الخلاف أنّ الإمام يتخير بين أن يـدفع كلًا منهما إلى أهل نحلتهما ليقيموا عليهما الحد على مقتضـى دينهم، وكذا إذا زنى مسـلم بـذميه أو غيرها يتخير الإمام فى دفع المرأه إلى أهل نحلتها ليقيموا عليها الحـدّ على مذهبهم، وبين أن يقيم الإمام الحد عليهما أو عليها على حكم الاسلام.

ويمكن الاستدلال على جواز إقامته الحد بالاطلاق فى مثل قوله تعالى: «الزَّانى وَالزَّانَيهُ فَاجْلِدُوا»(۱) الآيه فانّ مقتضاها عدم الفرق بين كون أحدهماكافراً أو مسلماً.

ولكن فى موثقه السكونى، عن جعفر بن محمّـد عن آبـائه عليهم السـلام أنّ محمّـد ابن أبى بكر كتب إلى على عليه السـلام فى الرجل زنى بالمرأه اليهوديه والنصرانيه،فكتب عليه السلام اليه: «إن كان محصناً فارجمه وإن كان بكراً فاجلده مائه جلده ثم انفه، وأمّا اليهوديه فابعث بها إلى أهل ملتها فليقضوا ما أحبوا»(۲).

وظاهرها تعيّن الـدفع إلى حكامهم ولو يكن فى البين غيرها تعين الأخـذ بها، ويرفع اليد عن إطلاق الزانيه فى الآيه المباركه، كما يرفع اليد عنه ما إذا كان كلّ من الزانى والزانيه من أهل الكتاب.

ولكن فى مقابلها صـحيحه أبى بصـير التى رواها فى الفقيه عن ابن مسكان، عن أبى بصير، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى، قال: قال: «هم سواء ثمان مائه ثمان مائه»، قال: قلت: جعلت فداك ان أخذوا فى بلد

۱- (۱) النور: ۲۴.

۲- (۲) الباب ۸ من أبواب حد الزنا.

عدم إقامه الحد على الحامل حتى تضع

ولا يقام الحدّ على الحامل حتى تضع وتخرج من نفاسها وترضع الولد، ان لم يتفّق له مرضع[۱]، ولو وجد كافل جاز اقامه الحدّ.

الشَرح:

المسلمين وهم يعلمون الفاحشه أيقام عليهم الحد؟ قال: «نعم يحكم فيهم بأحكام المسلمين»(۱).

وظاهر هذه أيضاً أنّ يتصدى لاجراء الحد عليه، ومقتضى الجمع العرفى بينهما هو رفع اليد عن تعيّن كلّ منهمابقرينه صراحه الأخرى، كما يقضى ذلك أيضاً قوله سبحانه: «فَانْ جاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أوْ اَعْرِضْ عَنْهُمْ»(۲).

ويؤيد جواز إقامه الحد عليهم روايه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن يهودى أو نصرانى أو مجوسى أخذ زانياً أو شارب خمر ما عليه؟ قال: «يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلك فى مصر من أمصار المسلمين أو غير أمصار المسلمين إذا رفعوا إلى حكام المسلمين».

ودعوى أنّ الدفع إلى أهل ملتها من الأمر بالمنكر والجائز إعراض حاكم الاسلام، لا يمكن المساعده عليه، حيث إنّ الدفع يمكن أن يكون من الزامهم بأحكامهم.

[۱] لا ترجم الحامل حتى تضع حملها وتخرج عن نفاسها وترضع ولدها، إذا توقف حياه الولد على ارضاعه، أو لم يوجد كافل للولد، بل لا تجلد الحامل مع الخوف من جلدها على ولدها حتى تضع حملها كما ذكر، وكأنّه لا خلاف فى ذلك وأمر متفّق عليه الأصحاب .

۱- (۱) الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۸:۱۶۲.

۲- (۲) المائده: ۴۲.

....

الشَرح:

ويشـهد لعدم جواز رجمها صحيحه أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «أتت إمرأه أمير المؤمنين عليه السلام فقالت: انى قد فجرت، فاعرض بوجهه عنها، فتحولّت حتى استقبلت وجهه، فقالت: انى قد فجرت فأعرض عنها، ثم استقبلته، فقالت: انى قد فجرت، فاعرض عنها، ثم استقبلته، فقالت: انى فجرت، فأمربها فحبست وكانت حاملًا، فتربّص بها حتى وضعت، ثم أمر بها بعد ذلك فحفر لها حفيره فى الرحبه الحديث»(۱).

وموثقه عمار بن موسى الساباطى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سأل عن محصنه زنت وهى حبلى، قال: «تقر حتى تضع ما فى بطنها وترضع ولدها ثم ترجم»(۲).

وبما أنّ تاخير رجمها للتحفظ على ولدها، فان توقف التحفظ عليه على ارضاعها اللبن، أو بعده أيضاً لعدم كافل له، تعيّن التأخير.

وممّا ذكر يظهر الحال فى جلدها، فانّه اذا لم يكن من جلده خوف على ولدها اقيم عليها الحدّ، أخذاً بما دل على أنّه ليس فى الحدود نظره ساعه، ومع الخوف يجب التأخير، لما يظهر من الروايتين من لزوم التحفظ على ما فى بطنها وحياه ولدها بعد وضع حملها.

بل لا يبعد أن يقال إنّ الزانيه إذا لم تكن حاملًا ولكن خيف من رجمها على ولدها الرضيع لعدم الكافل له، تعيّن التأخير إلى وجدان الكافل .

ويؤيّد ذلك ما رواه المفيد فى الارشاد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال لعمر

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۵: ۳۸۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴: ۳۸۱.

لزوم تأخير إقامه الحد على المريض

ويرجم المريض والمستحاضه[۱]، ولا يحلد أحدهما إذا لم يجب قتله،

الشَرح:

وقد أتى بحامل قد زنت فأمر برجمها فقال له، على عليه السلام «هب لك سبيل عليها أيّ سبيل لك على ما فى بطنها، واللّه يقول: «لا تَزِرُ وازِرهٌ وِزْرَ أُخْرى»»(۱)، فقال عمر: لا عشت لمعظله لا يكون لها أبو الحسن، ثم قال: فما اصنع بها يا أبا الحسن، قال: «احتط عليها حتى تلد فاذا ولدت ووجدت لولدها من يكفله فاقم الحد عليها»(۲).

ويظهر من عباره الماتن أنّ مع وجدان كافل لولدها لا يتعيّن اجراء الحدّ بل يجوز، ولكن لا يخفى ما فيه، لما تقدّم من عدم جواز التأخير فى إقامه الحدّ.

[۱] بلا خلاف معروف أو منقول، فانّ التأخير فى اجراء الحدّ غير جائز، والمطلوب بالرجم موته، فلا يمنع عنه المرض أو الاستحاضه.

نعم ذكر فى المسالك إحتمال جواز التأخير فيما إذا ثبت الزنا الموجب للرجم بالاقرار لاحتمال سقوط الرجم بالرجوع عن الاقرار، وفيه ما لا يخفى، فانّه لو جاز التأخير بعد ثبوت الزنا الموجب للرجم فى المريض ونحوه لجاز التأخير فى الصحيح أيضاً، مع أنّ مقتضى عدم جواز تعطيل الحد وتأخير عدم الفرق بين ما إذا ثبت الموجب بالاقرار أو بغيره.

نعم، إذا لم يكن الحدّ هو الرجم بل الجلد خاصه، فلا يجرى على المريض والمستحاضه خوفاً من السرايه ويتوقع برئها، كما يشهد لذلك معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقام الحد على المستحاضه حتى ينقطع الدم عنها»(۳).

۱- (۱) الانعام: ۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۷: ۳۸۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۲۱.

كيفيه إقامه الحد على المريض فيما لزم تعجيله

ولا رجمه توقيّاً من السّرايه ويتوقع بهما البرء، وان اقتضت المصلحه التعجيل ضرب بالضعث المشتمل على العدد، ولا يشترط وصول كل شمراخ الى جسده[۲]،

الشَرح:

وبما أنّ مناسبه الحكم والموضوع إقامه الحدّ عليها بعد إنقطاع الدم للتحفظ على خوف السرايه، تكون مختصه بصوره كون الحدّ جلداً، خصوصاً بملاحظه معتبرته الثانيه المرويه فى الفقيه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل أصاب حدّاً وبه قروح فى جسده كثيره، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : «أقرّوه حتى تبرأ لا تنكؤها عليه، فتقتلوه»(۱)، حيث إنّ ظاهرها لزوم التأخير فى اجراء الجلد، للتحفظ على حياته وان لا يقتله الجلد.

[۲] ما ذكر قدس سره من أنّه إذا اقتضت المصلحه التعجيل فى الضرب، فرضه وارد فى المريض الذى يأس عن برئه، وفى مثل ذلك يضرب بضغث مشتمل على العدد مرّه واحده.

كما يدل على ذلك صحيحه أبى البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى رسول اللّه صلى الله عليه و آله : برجل دميم قصير قد سقى بطنه وقد درّت عروق بطنه قد فجر بامرأه: فقالت المرأه: ما علمت به الاّ وقد دخل علىّ، فقال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله : أزنيت؟، فقال له: نعم، ولم يكن قد احصن، فصعد رسول اللّه بصره وخفضه ثم دعا بعذق فقده مائه ثم ضربه بشماريخه»(۲).

وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام عن النبى: «أنّه أتى برجل كبير البطن قد أصاب محرّماً فدعا رسول اللّه صلى الله عليه و آله بعرجون فيه مائه شمراخ

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۴: ۳۲۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵: ۳۲۲.

عدم سقوط الحد بعروض الجنون أو الارتداد

ولا تؤخر الحائض لانّه ليس بمرض، ولا يسقط الحدّ باعتراض الجنون أو الارتداد[١].

الشَرح:

فضربه مرّه واحده، فكان الحد»(١).

ولا يعتبر وصول كل شمراخ إلى جسده، لاطلاق الروايتين، بل لعدم امكانه عاده الواحده.

وفى الجواهر أنّه لو جعل الضغث خمسين يضرب مرتين، ولعلّه اولى، ولكن لا ـ يخفى أنّه أولويه فيما ذكره بعد خروجه عن مدلول الروايتين.

نعم يمكن استظهار جوازه من خبر زراره، عن أبى جعفر عليه السلام : «لو ان رجلًا أخذ حزمه من قضبان أو اصلًا فيه قضبان فضربه ضربه واحده أجزأه عن عده ما يريد أن يجلد من عده القضبان»(٢)، ولكن فى سندها ضعف، ولم يفرض فيه موجب الحد كما لا يخفى .

ثم إنّ هذا الحكم يثبت فى المريض والمريضه، وأمّا المستحاضه فمقتضى ما تقدم انتظار انقطاع دمها، وأمّا الحائض فلا شىء فى البين يقتضى تأخير اجراء الحدّ عليها إلى ما بعد حيضها، فيؤخذ فى حقها بما دلّ على عدم جواز تأخير الحدود.

[١] عدم سقوط الحد بالارتداد أو بطرو الحنون، سواء كان الجنون ادواريّاً أو مطبقاً، وسواء كان الارتداد فطرياً أو ملياً، للأخذ بالاطلاق فيما دلّ على أنّ المحصن أو المحصنه يرجم وغيرهما يجلد، وما دلّ على عدم الحد على

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٧: ٣٢٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٣، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٨: ٣٢٣.

وقت إقامه الحد فی الشتاء والصیف

ولا یقام الحدّ فی شده الحر ولا فی شده البرد، ویتوخی به فی الشتاء وسط النهار، وفی الصیف طرفاه[۱]،

الشَرح:

المحنون المراد منه الارتکاب حال الجنون، ومع الارتکاب حال العقل وطرو الجنون قبل اجراء الحد یعمه الاطلاق.

ومع الاغماض عن ذلک یشهد له صحیحه أبی عبیده عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل وجب علیه الحد فلم یضرب حتی خولط، فقال: «ان کان اوجب علی نفسه الحد وهو صحیح لا عله به من ذهاب عقل اقیم علیه الحد کائناً وما کان»(۱).

ومقتضی الاطلاق فی الجواب عدم الفرق بین حدّ الجلد والقتل، کما أنّ مقتضی اطلاق الشرط فی الجواب عدم الفرق بین الزنا وسائر موجب الحدّ.

[۱] قد ذکر ذلک فی کلام جماعه، ویستدلّ علی ذلک بان توخّی وسط النهار فی الشتاء وفی الصیف طرفاه من الاحتیاط والتحفظ علی نفس المحدود، وبروایه هشام بن احمر عن العبد الصالح علیه السلام قال: کان جالساً فی المسجد وأنا مهه فسمع صوت رجل یضرب صلاه الغداه فی یوم شدید البرد فقال: ما هذا؟ قالوا: رجل یضرب، فقال: «سبحان اللّه فی هذه الساعه أنّه لا یضرب أحد فی شیء من الحدود فی الشتاء الّا فی آخر ساعه من النهار ولا فی الصیف الّا فی ابرد ما یکون من النهار»(۲).

ومقتضی الذیل أنّ المراد من آخر ساعه من النهار ساعه الحراره، کما ورد ذلک فی مرسله أبی داود المسترق عن بعض أصحابنا، قال: مررت مع

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۱۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۱۶.

عدم إقامه الحد فی أرض العدو

ولا فی أرض العدو مخافه الالتحاق[١]،

الشَرح:

أبی عبداللّه علیه السلام وإذا رجل یضرب بالسیاط، فقال أبو عبداللّه علیه السلام : «سبحان اللّه فی مثل هذا الوقت یضرب»، قلت له: وللضرب حدّ؟ قال: «نعم إذا کان فی البرد ضرب فی حرّ النهار وإذا کان فی الحرّ ضرب فی برد النهار»(١)، ونحوها مرسله سعدان بن مسلم (٢).

ولکن للضعف فی اسناد ما ذکر لزوم رعایتها غیر معلوم، نعم إذا کان فی البین الخوف علی نفس المحدود فالمتعیّن رعایته.

[١] ظاهر کلام الماتن قدس سره لزوم الترک، وفی کلام جماعه یکره إقامه الحد فی ارض العدّو، ولا یبعد التعیّن فیما احتمل التحاقه بالعدّو، فانّ الغرض من إقامه الحد تأدیبه ومنعه عن المنکر، وإقامته علیه فی ارض العدو فیما اوجب التحاقه بهم یوجب نقض الغرض.

وفی موثقه إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام : «لا اقیم علی رجل حدّاً بأرض العدو حتی یخرج منها، مخافه أن تحمله الحمیّه فیلحق بالعدو»(٣)، ومقتضی التعلیل عدم البأس باقامته علیه فی ارضهم مع الاطمئنان بعدم ترتب المحذور.

ولا یبعد أن یکون ظهور مخافه أن تحمله الی آخر فی التعلیل موجباً لرفع الید عن اطلاق موثقه أبی مریم عن أبی جعفر علیه السلام قال، قال أمیر المؤمنین علیه السلام :

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ٢: ٣١۶.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ٣: ٣١۶.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴: ٣١٨.

عدم إقامه الحد على من التجأ فى الحرم

ولا فى الحرم على من التجأ اليه، بل يضيق عليه المطعم والمشرب ليخرج[١].

ويقام على من احدث موجب الحد فيه.

الثانى فى كيفيه ايقاعه.

الشَرح:

«لا يقام على احد حدّ بارض العدو»(١)، من غير ان يحمل على بيان الحكمه فى المنع.

[١] وذلك لقوله سبحانه «وَمَنْ دَخَلَهُ كانَ آمِناً»(٢)، وفى صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يجنى فى غير الحرم ثم يلجأ إلى الحرم، قال: «لا يقام عليه الحد ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم ولا يبايع، فإذا فعل به ذلك يوشك ان يخرج فيقام عليه الحد، وان جنى فى الحرم جنايه اقيم عليه الحد فى الحرم فانّه لم ير للحرم حرمه»(٣).

وصحيه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ: «وَمَنْ دَخَلَهُ كانَ آمِناً»، قال: «إذا احدث العبد فى غير الحرم جنايه ثم فرّ إلى الحرم لم يسمع لاحد ان يأخذه فى الحرم، ولكن يمنع من السوق ولا يبايع ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم، فانّه اذا فعل ذلك يوشك ان يخرج فيؤخذ، واذا جنى فى الحرم جنايه اقيم عليه الحد فى الحرم، لانّه لم يرع للحرم حرمه»(۴).

وفى صحيحه معاويه بن عمار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً فى الحل ثم دخل الحرم، فقال: «لا يقتل ولا يطعم ولا يسقى ولا يباع ولا يؤذى

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣۴ من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث .

٢- (٢) آل عمران: ٩٧.

٣- (٣) الوسائل: ٩، الباب ١۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث ۵.

۴- (۴) الوسائل: ٩، الباب ١۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث ٢.

....

الشَرح:

حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد»، قلت: فما تقول فى رجل قتل فى الحرم أو سرق؟ قال: «يقام عليه الحد فى الحرم صاغراً، لأنه لم ير للحرم حرمه، وقد قال اللّه عزّ وجلّ: «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ»»(۱)، فقال: هذا هو فى الحرم، وقال: «لا عدوان إلّا على الظالمين»(۲).

وفى معتبره القاسم بن محمّد، عن على بن أبى حمزه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ: «وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً»، قال: «ان سرق سارق بغير مكه أو جنى جنايه على نفسه ففر إلى مكه لم يؤخذ ما دام فى الحرم حتى يخرج منه، ولكن يمنع من السوق فلا يبايع ولا يجالس حتى يخرج منه فيؤخذ، وان احدث فى الحرم ذلك الحدث أخذ فيه»(۳).

المراد من الحرم فى هذه الروايات ما هو المعروف بمكه من مسجد الحرام والكعبه، فانّهما المنساق من الحرم من مكه، كما يشير اليه خبر على بن أبى حمزه، واحتمال أن يكون المراد بالحرم مقابل الحلّ غير وارد فى المقام، لعدم مناسبه ما ورد فى الروايات لهذا الاحتمال.

نعم، عن النهايه والتهذيب الحاق حرم النبى صلى الله عليه و آله والأئمه عليهم السلام ، وعن بن حمزه الاقتصار فى الالحاق على حرم النبى، وكلاهما لا يخلو عن التأمل.

وارسل الصدوق قدس سره فى الفقيه: لو انّ رجلًا دخل الكعبه فبال فيها معانداً

۱- (۱) البقره: ۱۹۴.

۲- (۲) الوسائل: ۹، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث ۱.

۳- (۳) الوسائل: ۹، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث ۳.

المقام الثانی: کیفیه إیقاع حد الزنا

اشاره

اذا اجتمع الجلد والرجم جلد اولًا[۱]،

الشَرح:

أخرج من الکعبه والحرم وضرب عنقه، وظاهره عدم جواز إقامه الحد فی الحرم، یعنی الکعبه والمسجد الحرام.

ورواه فی معانی الاخبار عن محمّد بن الحسن، عن الصفار، عن العباس بن معروف، عن عثمان بن عیسی، عن سماعه، قال: سألته وذکر حدیثاً یقول فیه : «ولو رجلًا دخل الکعبه فبال فیها معانداً اخرج من الکعبه ومن الحرم وضربت عنقه»(۱).

ولا بعد فی الأخذ بظاهرها، بل مع الغضّ عنه یتعیّن ذلک فیما إذا کان الاجراء بغیر ضرب العنق ونحوه مظنه التنجیس بخلاف الجلد، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] إذا اجتمعت علی أحد حدود بدأ بالحدّ الذی لا یفوت باجرائه علیه الآخر، کما إذا اجتمع علیه الجلد والرجم فیرجم بعد جلده أوّلاً وکذا فیما إذا اجتمع حدّ آخر مع الرجم أو القتل، وهذا الحکم لم یظهر فیه خلاف، والروایات متطابقه علی ذلک، مع أنّه مقتضی ما دلّ علی أن کلّ موجب له حدّ.

وفی صحیحه زراره عن أبی جعفر علیه السلام : «أیّما رجل اجتمعت علیه حدود، وفیها القتل، یبدأ بالحدود التی هی دون القتل، ثم یقتل بعد ذلک»(۲).

وفی صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یؤخذ وعلیه حدود أحدها القتل، فقال: «کان علی علیه السلام یقیم علیه الحدود ثم یقتله ولا تخالف علیاً»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ۹، الباب ۶ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث ۴:۵۷۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من ابواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱:۳۲۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من ابواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴:۳۲۵.

كيفيه إيقاع الحد على من اجتمعت عليه حدود

وكذا اذا اجتمعت حدود بدأ بما لا يفوت معه الاخر، وهل يتوقع برء جلده، قيل: نعم[۱] تأكيداً فى الزجر، وقيل: لا لان القصد الاتلاف.

الشَرح:

وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام ،قال: «قضى على عليه السلام فيمن قتل وشرب خمراً وسرق فأقام عليه الحد فجلده لشربه الخمر وقطع يده فى سرقته وقتله بقتله».

ومقتضى ما تقدّم عدم الفرق فى البدء بغير القتل ما كان المبدوّ به من حقوق اللّه سبحانه أو من حقوق الناس، نعم، فيما كان عليه القتل حداً وقصاصاً فلا يبعد أن يقال بتقديم ما كان موجبه مقدّماً، وأمّا تقديم حقّ الناس على حق اللّه، ولو مع تأخر موجب حق الناس فلا دليل عليه.

والوجه فى عدم البعد أنّ مع تحقق الموجب الاوّل يتعلق به الحدّ، ولا عذر فى تركه بعد ثبوته، فيكون القصاص غير ممكن، فينتقل الأمر إلى الديه كسائر موارد عدم امكان القصاص.

[۱] والقائل الشيخان وجمع آخر على المحكى، وعلّلوا توقع البرء بأنّ الغرض من الحدّ زجر المرتكب وهو آكد بتوقع البرء، وقيل لا يجب التوقع بل هو مستحب، وقيل: لا يجوز لأنّه تأخير فى اجراء الحدّ بعد ثبوت الموجب، ولا نظره فى الحدود، وقد تقدّم أنّ المريض يرجم ولا ينتظربرؤه، والغرض من اجراء الحدّ الثانى اتلاف المرتكب لا زجره ومنعه عن الارتكاب.

وعلى الجمله، مقتضى ما ذكر جواز التأخير فى اجراء الحد، الاّ مع قيام دليل عليه فى مورد فيتبع.

كيفيه الرجم

ويدفن المرجوم الى حقويه [۱] والمرأه الى صدرها، وان فرّ اعيد ان ثبت

الشَرح:

[۱] المنسوب إلى المشهور فى كيفيه الرجم أنّ الرجل يدفن فى الحفيره إلى حقويه، وتدفن المرأه فيها إلى ثدييها، وفى كون الغايه داخلاً فى الحكم بأن تدفن الحقوين أو الثديين أو أنها خارجه عنه عندهم خلاف فى ذلك، ولكن الظاهر عدم دخولها فى الحكم بالدفن، كما هو ظاهر الغايه فى امثال ذلك.

وفى موثقه أبى بصير قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «تدفن المرأه إلى وسطها إذا أرادوا أن يرجموها، ويرمى الإمام ثم يرمى الناس بعده بأحجار صغار»(۱).

ونحوها موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تدفن المرأه إلى وسطها ثم يرمى الإمام ويرمى الناس باحجار صغار، ولا يدفن الرجل إذا رجم الاّ إلى حقوبه»(۲).

والظاهر أنّ المراد بالوسط فيهما فوق حقويها المعبر عنه بموضع الثديين، بقرينه صحيحه أبى مريم الانصارى حيث ورد فيها: «انّ أمير المؤمنين عليه السلام أدخلها الحفيره إلى الحقو وموضع الثديين»(۳).

الاّ ـ يقال: هذه الصحيحه حكايه فعل لا تكون لها دلاله على تعين ذلك، وأنّ الظاهر من الوسط موضع الحزام، فيكون الحقوان خارجين عن الدفن فى الرجل ومدفونين فى المرأه، ومقتضى اصاله البرائه عدم وجوب الأزيد من ذلك.

بل ربما يناقش فى اصل وجوب الدفن، ويقال بأنّ الثابت جعل المرجوم أو

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱:۳۷۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحديث ۳:۳۷۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحديث ۵:۳۸۰.

زناه بالبينه[٢]، ولو ثبت بالاقرار لم يعد، وقيل: ان فرّ قبل اصابه الحجاره اعيد.

الشَرح:

المرجومه فی الحفيره لا الـدفن، ولكن لا يخفى ما فيه من ظهور ما تقـدّم فی الدفن، وأمّا ما حكی عن بعض من تعين الدفن إلی العنق أو التسويه بين المرأه والرجل فی لزوم دفنهما إلی الصدر، فلم يعلم وجه صحيح لأیّ منهما.

وكذا فی المحكی عن ابن أبی حمزه، من أنّ الدفن إذا ثبت الزنا بالبينه، وأمّا فيما كان بالاقرار فلا يجب، ولعلّ ما ذكره ناظر إلی أن الدفن للتحفظ علی فراره من الحدّ ومع اقراره لا داعی له إلی الفرار، أو أنّ اقراره المسقط للرجم، ولكن لا يخفی أنّ هذا وجه استحسانی يدفعه اطلاق الموثقين.

وربمّـا يجاب عن ذلك بأنّ صـحيحه أبی مريم صـريحه فی خلافه، حيث انّ المفروض فيها ثبوت الزنا بالاقرار، ولكن اشـرنا أنّها من حكـايه الفعل، فلا يكون لها دلاله علی وجوب الـدفن، وانما يسـتفاد منها مجرد المطلوبيه، وقـد ورد فيها خياطه ثوب جـديد لها،فراجع.

[٢] الظاهر عـدم الخلاف فی أنّ مع ثبوت الزنا بالبينه يعاد الفار إلی الحفيره ولا يكون فراره مسـقطاً للحدّ، بلا فرق بين أن يكون فراره قبـل اصـابه شـیء مـن الحجـاره لجسـده أم بعـدها، ويقتضـيه مـا دلّ علی أنّ الزانی أو الزانيه مـع الاحصـان يرجم أی يقتل بالرجم، وامّا مع ثبوته بالاقرار، فالمنسوب إلی المشهور سقوط الحدّ بالفرار بعد اصابته شیء من الحجاره.

وربمـا يقـال بعـدم الفرق فی السـقوط بين يفر قبـل اصـابته الحجـاره أم بعـدها، ويعلّـل بأنّ الفرار رجوع عن الاقرار والرجوع عنه مسقط للرجم.

ويدل عليه أيضاً مرسله الصدوق، قال: سئل الصادق عليه السلام عن المرجوم يفر،

.… . …. .

الشَرح:

قال: «ان كان أقر على نفسه يردّ، وان كان شهد عليه الشهود يرد»(١).

ولكن لا يخفى أنّ الفرار لا يدلّ على انكاره الارتكاب أو رجوعه عن اقراره والمرسل المزبور لارساله لا يمكن الاعتماد عليه مع معارضته برواية الحسين بن خالد، قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام : أخبرنى عن المحصن إذا هو هرب من الحفيره هل يردّ حتى يقام عليه الحد؟ فقال: «يرد ولا يرّد»، فقلت: وكيف ذاك؟ فقال: «ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيره بعد ما يصيبه شيء من الحجاره لم يرد، وان كان انما قامت عليه البيّنه وهو يجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر حتى يقام عليه الحد، وذلك فانّ ماعز بن مالك أقر عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله بالزنا فأمر به ان يرجم، فهرب من الحفره فرماه الزبير بن العوام بساق بعير فعقله فسقط فلحقه الناس فقتلوه، ثم اخبروا رسول اللّه صلى الله عليه و آله بذلك فقال لهم: (فهلّا تركتموه إذا هرب يذهب فانما هو الذى أقر على نفسه، وقال لهم: اما لو كان على حاضراً معكم لما ضللتم)، قال: وودّاه رسول اللّه صلى الله عليه و آله من بيت المال المسلمين»(٢).

ومقتضى ما ذكره عليه السلام فى الشرطيه الاولى، من تقييد الفرار بعد اصابه شيء من الحجاره انّ فرار أيضاً كان بعد اصابته، كما يدل على ذلك موثقه أبى العباس.

وأمّا صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام : انّه ان كان اصابه ألم الحجاره فلا يرد وان لم يكن اصابه الم الحجاره يرد»(٣)، فلابُدّ من تقييدها بما إذا لم يكن

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴: ٣٧٧.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٣٧۶.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ۵: ٣٧٧.

. ...

الشَرح:

ثبوت الزنا بالبيّنه فانّ ما ورد فى روايه الحسين بن خالد من قوله عليه السلام «وان كان انما قامت عليه البينه وهو يجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر»، وان تكون النسبه بينه وبين هذه الصحيحه العموم من وجه، حيث انّ هذه الصحيحه مختصه بصوره الاصابه، ومطلقه من حيث ثبوت الزنا بالاقرار أو البينه، وإنّ الهارب فى هذه الصوره لا يرد، وروايه حسين بن خالد تعنى ما ورد فيها مختصه بصوره ثبوته بالبينه ومطلقه من حيث ان الهرب بعد الاصابه أو قبلها، إلاّ أنّه لابُدّ من تقديم الاطلاق فى روايه حسين، حيث إنّ الأخذ بالصحيحه فى مورد اجتماعهما يوجب بطلان التفصيل فى الروايه بين ثبوت الزنا بالبينه أو بالاقرار.

بقى الكلام فى سند روايه حسين بن خالد، حيث إنّه قد يقال انّه مشترك بين الحسين بن أبى العلاء وبين الحسين بن خالد الصيرفى، ولم يثبت للثانى توثيق ولا مدح، فتقييد الصحيحه بها يكون مشكلاً، ويجاب عن الاشكال بأنّ الحسين بن خالد الخفاف، هو الحسين بن أبى العلاء له كتب ومعروف بكثره روايته وروايه الاجلاء عنه، فيكون اللفظ عند الاطلاق منصرفاً اليه.

ولكن فى النفس من الجواب شىء، وهو انّ المذكور فى سند الروايات الكثيره هو الحسين بن أبى العلاء، والخفاف الثقه معروف بهذا العنوان، وأمّا بعنوان الحسين بن خالد، فلم يعلم معروفيته به حتى ينصرف اللفظ اليه.

نعم، لو كان المروى عنه أبا عبداللّه عليه السلام ، يمكن حمله على أبى العلاء لكثره روايته عنه عليه السلام ، بل لم يثبت أصل روايه الصيرفى عنه عليه السلام ، ولكن المروى عنه فى هذه الروايه هو أبو الحسن عليه السلام .

وأمّا ما ذكرنا سابقاً، من أنّ الراوى عن الحسين بن خالد عمرو بن

....

الشَرح:

عثمان الخزاز، وهذا قرينه على كونه ابن أبى العلاء الخفاف، فقد اعتمدنا على ما استظهره الاردبيلى، ثم راجعنا روايات الحسين بن خالد والحسين بن أبى العلاء ولم نجد وجه لما استظهره.

ولكن مع ذلك لابُدّ من الالتزام بأنّ الهارب من الحفيره إذا ثبت زناه بالبينه يرد، أخذاً بما دلّ على تعين قتله بالرجم، فانّه يدخل فيما دلّ على أنّ المحصن يرجم، واما صحيحه أبى بصير فالوارد فيها الضمير لا الاسم الظاهر، ولعدم ذكر مرجعه يكون مجملاً، فالقدر المتيقن من مرجعه الثابت زناه باقراره، بقرينه موثقه أبى العباس الوارد فيها رمى الزبير الهارب بساق بعير.

هذا كله بالاضافه إلى الرجم، وأمّا بالاضافه إلى الجلد، فان هرب الزانى قبل اصابه الجلد أو بعدها لا يوجب سقوط الحدّ، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «فَاجْلِدوُا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِأَهَ جَلْدَهٍ»(۱).

وفى خبر محمّد بن عيسى بن عبداللّه، عن أبيه قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الزانى يجلد فيهرب بعد ان اصابه بعض الحدّ أيجب عليه أن يخلّا عنه ولا يرد كما يجب للمحصن إذا رجم؟ قال: «لا ولكن يردّ حتى يضرب الحدّ كاملاً»، قلت: فما الفرق بينه وبين المحصن وهو حدّ من حدود اللّه قال: «المحصن هرب من القتل ولم يهرب الاّ إلى التوبه، لأنّه عاين الموت بعينه، وهذا انما يجلد فلابُدّ من ان يوفى الحدّ لانّه لا يقتل»(۲).

۱- (۱) النور: ۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۴۰۷.

ویبدأ الشهود برجمه وجوباً، ولو کان مقراً بدأ الامام[۱]، وینبغی أن یعلم الناس الشَرح:

[۱] المشهور أنّ إذا ثبت زناه بالبینه یبدأ الشهود برجمه، وکذا الحال فی المحصنه، وظاهرهم أنّ الحکم وجوبی، کماأنّه إذا ثبت الزنا بالاقرار یبدأ برجمه الإمام ثم الناس.

ویستدلّ علی ذلک بما رواه الکلینی فی الموثق عن صفوان، عمن رواه، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا اقر الزانی المحصن کان اوّل من یرجمه الإمام ثم الناس، فاذا قامت علیه البینه کان أوّل من یرجمه البینه ثم الإمام ثم الناس»(۱).

ورواه فی الفقیه عن صفوان بن یحیی وابن المغیره، عمن رواه، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، ولکن مع ارسال الخبر یشکل الاعتماد علیه، وعمل المشهور به لعله لما ذکر الشیخ قدس سره فی حق جماعه من أنّهم لا یروون الاّ عن ثقه، أو لکون التفصیل یناسب الحکم.

وفی موثقه أبی بصیر المتقدّمه قال: قال: أبو عبداللّه علیه السلام : «تدفن المرأه إلی وسطها إذا ارادوا أن یرجموها، ویرمی الإمام ثم یرمی الناس بعد باحجار صغار»(۲)، وکذا فی موثقه سماعه المتقدمه(۳).

ومقتضی اطلاقهما عدم الفرق بین ثبوت الزنا بالاقرار أو بالبینه، ویتعیّن فیهما بدء الإمام بالرمی، ولکن قد یشکل فی کون أصل الحکم لزومیاً، لأنّ ما ورد فی قضیه ماعز مع اقراره بالزنا عند رسول اللّه صلی الله علیه و آله ظاهره عدم حضوره صلوات اللّه علیه وآله فی رجمه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۲: ۳۷۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۳۷۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۳: ۳۷۴.

استحباب حضور طائفه عند إقامه الحد

ليتوفّروا على حضوره[۱]. ويستحب أن يحضر إقامه الحد طائفه[۲]، وقيل: يجب تمسكاً بالآيه، وأقلها واحد، وقيل: عشره، وخرّج متأخر ثلاثه، ولأوّل حسن.

الشَرح:

ويمكن الجواب بأنّ ما يظهر منه عدم حضوره صلى الله عليه و آله إلى آخر الرمى، مع انّه قضيه فى واقعه، ويمكن أن يكون عدم حضوره لمانع، فالاحوط على الحاكم البدء بالرمى حتى فيما إذا كان الثبوت بالبينه.

[۱] ويشهد لاستحباب الاعلام التأسى بفعل أمير المؤمنين ، فانّ أقل مراتبه الاستحباب، بل يأتى ما يدل على عدم وجوب ذلك.

وروى فى الفقيه عن سعد بن طريف، عن الاصبغ بن نباته فى قضيه المرأه التى أتت أمير المؤمنين عليه السلام وأقرت بالزنا أربع مرات فصعد المنبر فقال: «يا قنبر ناد فى الناس الصلاه جماعه»، فاجتمع الناس حتى غصّ المسجد باهله، فقال: «أيّها الناس ان امامكم خارج بهذه المرأه إلى الظهر ليقيم عليها الحدّ ان شاء اللّه تعالى».

[۲] المحكى عن الشيخ قدس سره وجماعه استحباب حضور طائفه اقامه الحدّ، خلافاً لجماعه اخرى، حيث التزموا بوجوب الحضور، واستدلّوا بالآيه الشريفه: «وَلْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَه»(۱)، واختلفوا فى المراد من الطائفه، فعن جماعه انّه الواحد وما زاد، كما فى قوله سبحانه: «وَإِنْ طائِفَتانِ مِنَ الْمُؤمِنينَ اقْتَتَلوُا»(۲)، خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «فَاَصْلِحُوا بَيْنَ اَخَوَيْكُمْ».

وفى موثقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى

۱- (۱) النور: ۲.

۲- (۲) الحجرات: ۹.

وینبغی ان تکون الحجاره صغاراً لئلا یسرع التلف[۱]، وقیل: لا یرجمه من اللّه الشَرح:

قول اللّه عزّ وجلّ: «وَلا تَأْخُذْکُمْ بِهِما رأْفَهً فی دینِ اللّه (۱)»قال: «فی اقامه الحدود»، وفی قوله تعالی «وَلْیَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَه مِن الْمُؤمنینَ»، قال: «الطائفه واحد»(۲).

والمحکی عن الشیخ قدس سره فی الخلاف أنّ أقلّ الطائفه عشره، کما أنّ المحکی عن ابن إدریس اقلهاثلاثه.

ولا یخفی أنّ ظهور وإن لا یساعد اراده الواحد فما زاد، خصوصاً إذا کان المراد من الحضور ولو مباشرتهم الرجم کما هو ظاهر کلامهم، ویظهر من صحیحه أبی بصیر الآتیه أنّه لیس بحیث یباین الظهور لئلا یمکن الالتزام به، ویتعیّن طرح الموثقه لعدم اعتبار الخبر المنافی للکتاب، بل هو من قبیل الالتزام بخلاف الظاهر للقرینه التی هی الموثقه، کظاهر شاهد العذاب فی غیر المباشر له، فیرفع الید أیضاً من ظهورها من هذه الجهه.

نعم، ظاهرها کون الحکم الزامیاً، وعلی الجمله یجب الحضور لاقامه الحدّ جلداً کان أو رجماً، والمقدار اللازم بحیث یسقط التکلیف عن الآخرین حضور الواحد.

[۱] الرمی باحجار صغار وارد فی موثقه اسحاق بن عمار عن أبی بصیر، حیث ورد فیها: «ویرمی الإمام ثم یرمی الناس بعد باحجار صغار»(۳).

وفی موثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام : «ثم یرمی الإمام ویرمی الناس باحجار صغار»(۴).

ص: ۱۳۶

۱- (۱) النور:۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۵: ۳۷۰.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۳۷۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۳: ۳۷۵.

تعالی قبله حد، وهو علی الکراهیه[۱].

الشَرح:

ولکن لابُدّ من رفع الید عن ظهورهما، بحمل الرمی بالصغار من الاحجار علی الاستحباب، بقرینه صحیحه أبی بصیر المرویه فی تفسیر علی بن إبراهیم الحاکیه لرجم مولانا أمیر المؤمنین علیه السلام ، فانّه صلوات اللّه وسلامه علیه أخذ حجراً فکبّر أربع تکبیرات ثم رماه بثلاثه أحجار فی کل حجر ثلاث تکبیرات، ثم رماه الحسن مثل ما رماه أمیر المؤمنین علیهماالسلام ، ثم رماه الحسین علیه السلام فمات الرجل(۱)، فانّ الغالب عدم القتل بتسعه احجار صغار.

[۱] لم یعرف القائل بعدم الجواز، والمشهور علی ما ذکر الکراهه، ولکن قد یقال مقتضی بعض الروایات عدم جواز الرجم ممّن علیه حدّ الرجم بل الحدّ مطلقاً، وفی صحیحه زراره عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السلام برجل قد أقرّ علی نفسه بالفجور، فقال أمیر المؤمنین علیه السلام لاصحابه: اغدوا غداً علی متلثمین، فقال لهم من فعل مثل فعله فلا یرجمه ولینصرف، قال: فانصرف بعضهم وبقی بعضهم فرجمه من بقی منهم»(۲).

وفی صحیحه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام أتاه رجل بالکوفه فقال: یا أمیر المؤمنین إنی زنیت فطهرنی إلی ان قال ثم وضعه فی حفرته واستقبل الناس بوجهه، ثم قال، معاشر الناس إنّ هذه حقوق اللّه فمن کان للّه فی عنقه حق فلینصرف ولا یقیم حدود اللّه من فی عنقه حدّ، فانصرف الناس وبقی هو والحسن والحسین الحدیث»(۳)، ونحوهما روایه سعد بن طریف، عن الاصبغ بن نباته(۴).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۴: ۳۷۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۴۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۴۲.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴: ۳۴۲.

ویدفن إذا فرغ من رجمه ولا یجوز اهماله[۱].

الشَرح:

ولا یخفی أنّ ظاهر الصحیحه أنّه لا یحضر اقامه الحد ولا اجرائه غیر من لیس فی عنقه حدّ للّه سبحانه من غیر فرق بین أن یتوب عن ارتکابه أم لا، ولعلّ رعایه الحکمین معاً لازمه تعسّر إقامه الحدود، ویمکن أن یعد هذا قرینه علی الکراهه.

[۱] وذلک لأنّ إجراء الحدّ علی شخص لا یوجب خروجه عن الاسلام، مقتضی ما دل علی وجوب تجهیز المیت المسلم لزوم تجهیز المرجوم، وفی صحیحه أبی مریم عن أبی جعفر علیه السلام : «فادفعوها إلی اولیائها ومروهم أن یصنعوا بها کما یصنعون بموتاهم»(۱).

وفی صحیحه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فمات الرجل فأخرجه أمیر المؤمنین علیه السلام فأمر فحفر له وصلی علیه ودفنه، فقیل: یا أمیر المؤمنین علیه السلام ألا تغسله؟ فقال: قد اغتسل بما هو طاهر إلی یوم القیامه ولقد صبر علی أمر عظیم»(۲).

ولکن لابُدّ من أن یکون المراد صوره اغتساله وتکلیفه قبل الرجم، کما علیه خبر مسمع بن کردین، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «المرجوم والمرجومه یغسلان ویحنطان ویلبسان الکفن قبل ذلک، ثم یرجمان ویصلی علیهما، والمقتصّ منه بمنزله ذلک یغسل ویحنط ویلبس الکفن ثم یقاد ویصلی علیه»، وقد تکلمنا فی المسأله فی باب تغسیل الاموات.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۲: ۳۸۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۵: ۳۷۵.

ويجلد الزانى مجرداً[١]، وقيل: على الحال التى يوجد عليها، قائماً أشد الضرب، وروى متوسطاً ويفرق على جسده، ويتقى وجهه ورأسه وفرجه.

الشَرح:

[١] المحكى عن جماعه والمصرح به فى كلمات جمله من الاصحاب أنّ الرجل الزانى يجلد عارياً مستوراً عورته، ويشهد له موثقه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد؟ قال: «أشد الجلد»، قلت: فمن فوق ثيابه؟ قال: «بل تخلع ثيابه»، قلت: فالمفترى؟ قال: «يضرب بين الضربين جسده كلّه فوق ثيابه»(١).

وفيما رواه صفوان عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد؟ قال: «أشد الجلد»، فقلت: من فوق الثياب؟ قال: «بل يجرّد»(٢).

والمنسوب إلى المشهور أنّه يجلد على الحاله التى وجد عليها، فان كان عارياً فيجلد عارياً والا فكاسياً، وهذا فيما لم يمنع الثوب من الم الضرب والا ينزع.

وفى معتبره طلحه بن زيد، عن جففر، عن أبيه عليهماالسلام قال: «لا يجرد فى حد ولا يشنح يعنى يمد، وقال: ويضرب الزانى على الحال التى وجد عليها ان وجد عرياناً يضرب عرياناً، وان وجد وعليه ثياب ضرب وعليه ثيابه»(٣).

وبما أنّ المعلوم خروج ما إذا كانت ثيابه مانعه عن وصول ألم الضرب إلى جسده عن فرض هذه المعتبره، لأنّ الجلد مع عدم وصول الألم لا يعدّ عذاباً، فلا تعارض بين الموثقين مع هذه المعتبره فى أنّه وان وجد الزانى عارياً يجلد

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢: ٣٦٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٣: ٣٦٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧: ٣٧٠.

....

الشَرح:

عاریاً، وانما یتعارضان فیما إذا وجد کاسیاً، ولم یکن ضربه کاسیاً موجباً للممانعه من وصول الألم، فمقتضاهما النزع والجلد عاریاً، ومقتضی هذا الجلد کاسیاً، فان لم یمکن حمل الموثقین علی صوره عدم وصول الألم لاطلاقهما فیتساقطان فیرجع إلی اطلاقات الجلد.

وأمّا اعتبار قیام الزانی فی جلده، فیدلّ علیه موثقه زراره أو صحیحه عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «یضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده ویضرب علی کل عضو ویترک الرأس والمذاکیر».

وفی روایه الصدوق: «ویترک الوجه والمذاکیر»، وقد ورد فی موثقتی إسحاق بن عمار اعتبار أشد الضرب.

ولکن فی مرسله حریز عمن أخبره، عن أبی جعفر علیه السلام أنّه قال: «یفرق الحدّ علی الجسد کله ویتقی الفرج والوجه ویضرب بین الضربین»(۱)، والروایه لارسالها وعدم فرض الزانی فیها لا توجب رفع الید بها عن ظهور الموثقین، ولا المعارضه بینهما لیرجع إلی الاطلاق.

ثم إنّ ظاهر کلام الماتن کظاهر جمله من الاصحاب لزوم التفریق علی جسده، ویدل علیه ظاهر مرسله حریز، وکذا التعلیل فیما رواه العلل عن محمّد بن سنان، عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه: «وعله ضرب الزانی علی جسده باشدّ الضرب لمباشرته الزنا واستلذاذ الجسد کلّه به»، وشیء منهما لضعفهما سنداً لا یصلح للاعتماد علیه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱: ۳۶۹.

النظر الثالث: فی اللواحق

سقوط الحد عن البكر عند شهاده أربع نساء ببكارتها وعدم زناها

والمرأه تضرب جالسه، وتربط علیها ثیابها[١]، النظر الثالث فی اللواحق، وهی مسائل عشره: الأولی: إذا شهد أربعه علی امرأه بالزنا قبلاً، فادّعت أنّها بكر فشهد لها أربع نساء بذلك فلا حدّ، وهل یحدّ الشهود للفریه، قال فی النهایه: نعم، الشَرح:

نعم فی صحیحه زراره: «ویضرب كل عضو ویترك الرأس والمذاكیر»، وربّما یقال بدلالتها علی تعیّن التفریق، ولكنه لا یخلو عن تأمّل.

ولا یبعد دعوی ظهورها فی أنّ التفریق لا بأس به، والبأس فی ضرب الرأس والمذاكیر لا لزوم التفریق علی غیر الرأس والمذاكیر، والمذكور فی عباره الماتن استثناء الرأس والوجه والمذاكیر.

ویمكن ان یكون المراد بكلّ من الوجه والرأس ما یعم الآخر، حیث ان استثناء الوجه مذكور فی نقل الصدوق وفی روایه محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «الذی یجب علیه الرجم یرجم من ورائه ولا یرجم من وجهه، لأنّ الرجم والضرب لا یصیبان الوجه وانّما یضربان علی الجسد علی الاعضاء كلها»(١).

وظاهرها إراده خصوص الوجه، ولكن فی سندها علی بن أحمد بن أبی نصر، عن ابیه، وعلی بن أحمد لم یثبت له توثیق، وعلی الجمله الاحوط اتّقاء الرأس والوجه، إمّا لأنّهما مرادان من الوارد فی صحیحه زراره، أو لاحمال الوارد فیها ودرانه بین الرأس والوجه، كما أنّ الأحوط ملاحظه التفریق.

[١] أمّا جلدها وهی جالسه، فقد ورد ذلك فی صحیحه زراره المتقدّمه، حیث ذكر سلام اللّه علیه فیها: «ویضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده».

وأمّا شدّ ثیابها علیها، فهذا فیما احتمل انكشاف بعض جسدها عند جلدها،

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۶: ٣٧۵.

وقال فی المبسوط: لا حدّ لاحتمال الشبهه فی المشاهده والأوّل اشبه[۱].

الشَرح:

حیث لا یجوز کشف جسدها ولو بالبسبیب، وقد ورد فی صحیحه أبی مریم من أمر علی علیه السلام بخیاطه ثوب جدید للمرأه التی اراد رجمها، وحکی عنه علیه السلام أمره بأن یشدّ علی الجهنیه ثیابها.

[۱] لا خلاف فی المفروض فی عدم الحدّ علی المرأه، ویدلّ علیه موثقه اسماعیل بن أبی زیاد یعنی السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، عن أبیه، عن علی علیه السلام أنّه: «أتی رجل بامرأه بکر زعم انّها زنت، فأمر النساء فنظره الیها فقلن هی عذراء، فقال علی علیه السلام : ماکنت لا ضرب من علیها خاتم من اللّه، وکان یجیز شهاده النساء فی مثل هذا»(۱)، ووجه الدلاله هو أنّ تعلیه علیه السلام عدم اجراء الحدّ علیها یناسب تمام البینه بزناها.

وفی معتبرته الاخری، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السلام بامرأه بکر زعموا أنها زنت، فأمر النساء فنظرن الیها فقلن هی عذراء، فقال: ما کنت لأضرب من علیها خاتم من اللّه»(۲).

وأوضح منهما صحیحه زراره التی رواها الصدوق باسناده الیه، وسنده الیه صحیح عن أحدهما علیه السلام فی أربعه شهدوا علی امرأه بالزنا، فقالت: أنا بکر، فنظر الیها فوجدنها بکراً، فقال: «تقبل شهاده النساء»(۳).

ثم انّه وإن لم یذکر فی هذه الروایات شهاده أربع نساء، لکن المعتبر من شهاده النساء منفردات شهاده الاربع، کما تقدم فی باب الشهاده، وظاهر الروایات

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الزنا، الحدیث ۱: ۳۹۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۳: ۲۶۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات ، الحدیث ۴۴: ۲۶۷.

عدم اشتراط حضور الشهود عند إقامه الحد

الثانيه: لا يشترط حضور الشهود عند اقامه الحد[۱]، بل يقام وإن ماتوا أو غابوا لا فراراً، لثبوت السبب الموجب.

الشَرح:

المزبوره عدم اعتبار شهاده الشهود بزناها فى قبلها أو بزناها من غير تقييد بالقبل، فانّ المنصرف اليه من زناها زناها فى قبلها.

بقى الكلام فى تعلق حدّ القذف بالشهود بزناها، كما هو المحكى عن الشيخ فى النهايه، ومختار الماتن قدس سره وابن إدريس فى كتاب الشهادات ام لا، كما هو المحكى عن الشيخ فى المبسوطه، وعن جماعه عدم الفرق فى عدم تعلق حدّ القذف بين شهادتهم بزناها فى قبلها أو بزناها مطلقاً، فانّه كما لا يجرى على المرأه حدّ الزنا ولو للشبهه الحاصله من شهاده النساء بعذرتها، كذلك لا يتعلّق بشهود زناها حد القذف لاحتمال الشبهه فى مشاهدتهم.

ولعلّ المراد من الشبهه أنّ تعلّق حدّ القذف للشهود لتمام شهاده اربهه رجال، وانما يسقط اعتبارها بالمعارضه بشهاده النساء لاحتمال صدقهم واشتباه النساء، وبتعبير آخر لم يثبت كذب الشهود بقبول شهاده النساء فى سقوط الحدّ عن المشهود عليها بالزنا.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا شهد الشهود بزنا الرجل وشهد شهود أنه محبوب، أو شهدت النساء للمرأه المشهود عليها بالزنا أنها رتقاء، فانّه لا يجرى حدّ الزنا على المشهود عليهما،الا انّه يثبت حد القذف أيضاً للشهود.

نعم إذا كان ثبوت الجب أو كونها رتقاء بحيث لا يحتمل الخلاف، كما إذا كان ذلك بالتواتر، فيمكن الالتزام بتعلّق حدّ القذف بالشهود لفريتهم، واللّه سنحانه هوالعالم.

[۱] هذا ظاهر إذا لم يجب على الشهود البدء بلستيفاء الحدّ كما فى الجلد،

الثالث: قال الشيخ: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم[١]، ولعلّ الشبه الوجوب، لوجوب بدأتهم بالرجم.

الشَرح:

فانّ موجب الحدّ بشهادتهم بالزنا محرز، والمكلف بالاستيفاء هو الحكم، واحتمال اشتراط استيفائه بحضورهم مدفوع باطلاقات الجلد.

وأمّا إذا كان بدء الشهود بالاستيفاء واجباً، كما التزم به المشهور في المحصن إذا ثبت زناه بالبينه، فغايه ما يستفاد من المرسله المتقدمه أن بدأهم واجب في الاستيفاء الواجب على الحاكم، كما أنّه واجب على نفس الحاكم إذا كان ثبوت الزنا باقرار الزاني أو مطلقاً على ما تقدم.

وإذا سقط وجوب البدء لموتهم أو لغيابهم أو لعذر آخر يكون مقتضى الاطلاق في وجوب اجراء الحد على الحاكم استيفاء الحد بالمباشره أو بالتسبيب، وقد تقدم أيضاً ما كان ظاهره عدم حضور رسول اللّه صلى الله عليه و آله في الرجم.

نعم، لو كان غياب الشهود موجباً لاتهامهم في شهادتهم، كما إذا فرّوا بعد أداء الشهاده لا يقام الحد على المشهود عليه.

كما ربما يستظهر ذلک من صحيحه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بالسرقه عند أمير المؤمنين عليه السلام ، فأمرهما بأن يمسک أحدهما يده ويقطعها الآخر ففرّا، فقال: المشهود عليه يا أمير المؤمنين عليه السلام شهد عليّ الرجلان ظلماً، فلما ضرب الناس واختلطوا ارسلاني وفرّا ولو كانا صادقين لم يرسلاني، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : «من يدلاني على هذين انكلهما»(١).

[١] إن كان المراد من حضور موضع الرجم البقاء فيه الى تمام الرجم، فهذا

ص: ١۴۴

١- (١) الكافي: ٧: ٢۶۴.

الرابعه: إذا كـان الزّوج أحـد الاربعه[۱]، فيه روايتـان، ووجه الجمع سـقوط الحـدّ ان اختل بعض شـروط الشـهاده، مثل أن يسـبق الزوج بالقذف فيحدّ الزّوج أو يدرأ باللعان ويحدّ الباقون، وثبوت الحدّ إن لم يسبق بالقذف ولم يختل بعض الشرائط.

الشَرح:

غير واجب على الشـهود، وان كـان المراد الحضـور فى موضـعه ليبـدأوا بـالرمى عنـد الرجم، فوجوبه مبنى على أمرين، احـدهما: الالتزام بأنّ الرجم فى موارد ثبوته بالبينه يبـدأ برمى الشـهود، والثانى: وجوب مقـدمه الواجب شـرعاً، ولأمر الاوّل قد تقدّم التأمّل فيه، والأمر الثانى غير تام، كما ذكرنا فى علم الاصول.

[۱] قـد تقـدّم البحث فى ذلك فى ذيل ثبوت الزنا بالبينه، وذكرنا أنّ مقتضـى روايه إبراهيم بن نعيم عن أبى عبداللّه عليه السـلام قبول شهاده الزوج، قال: سألته عن أربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوحها، قال: «تجوز شهادتهم»(۱).

كما أنّ مقتضـى روايه زراره عن أحـدهما عليه السـلام عـدم القبول، قال: فى اربعه شـهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «يلاعن الزوج ويجلد الآخرون»(۲).

وهـذه الروايه وان كانت أخصّ من الاولى حيث الأمر بلعان زوجها قرينه على فرض الدخول بزوجته بخلاف الاولى فانها مطلقه، إلّا أنّ هذه أخص لا يفيد فى خروجهما عن المتعارضـين، حيث انّ شـهاده الزوج لو كانت معتبره ثبت زنا زوجته، فلا يبقى للّعان مورد فانّه فى فرض عـدم ثبوت الزنا، وإن لم يكن شـهادته معتبره لم يتعلق بزوجته حـدّ لعـدم ثبوت زناها حتى مع عدم الدخول بها.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب اللعان، الحديث ۱: ۶۰۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب اللعان، الحديث ۲: ۶۰۶.

جواز إقامه الحدود اعتماداً بعلم القاضی

الخامسه: یجب علی الحاکم اقامه حدود اللّه تعالی بعلمه کحدّ [۱]الزنا وأمّا حقوق الناس فتقف إقامتها علی المطالبه حداً کان أو تعزیراً.

الشَرح:

وبتعبیر آخر اللعان مسقط لحدّ القذف عن الزوج، وحدّ الزنا المحتمل ثبوته عن الزوجه، والدخول بالزوجه موجب لجواز اللعان، لا لخروج عن صلاحیه الشهاده بزنا زوجته.

وقد ذکرنا أنّ الروایه الاولی ضعیفه سنداً فانّ فی سندها عباد بن کثیر، والروایه الثانیه فی سندها إسماعیل بن خراش فلا یمکن الاعتماد علیها.

نعم فی صحیحه مسمع عن أبی عبداللّه علیه السلام فی أربعه شهدوا علی امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: «یجلدون الثلاثه ویلاعنها زوجها ویفرّق بینهما ولا تحل له ابداً»(۱).

وهذه الصحیحه تعمّ ما إذا کانت شهاده الزوج بفجورها مع شهاده الباقین أو کانت قبل شهادتهم، بأن سبق منه رمی زوجته بالزنا، فالمتبع اطلاقها.

وإن قلنا تقدّم أنّ الآیه المبارکه: «الَّذینَ یَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ»(۲)، لا تعم شهاده الزوج بزنا زوجته مع بقیه الشهود، وقد تقدّم أیضاً أنّ ما ذکر الماتن فی الجمع بین الروایتین مبنی علی تعارض الروایتین، وجعل الآیه المنصرفه الی سبق رمی الزوج زوجته الموجب لاختلال شرط قبول شهادته، قرینه علی الجمع بیهما.

[۱] فی المقام أمران:

الأوّل: کما أنّ القضاء بین الناس فی المرافعات من وظیفه القاضی الذی تقدّم فی کتاب القضاء بیان الاوصاف المعتبره فیه، کدلک إقامه الحدود علی مرتکبی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب اللعان، الحدیث ۳: ۶۰۶.

۲- (۲) النور: ۴.

إن إقامه الحدود من وظيفه الحاكم

....

الشَرح:

موجباتها من وظيفه.

الثانی: أنّه کما یعتبر قضاؤه بعلمه فی موارد المخاصمات، حتی فیما کانت المراقبه من قبیل دعوی تحقّق الموضوع أو ارتفاعه، حیث إنّ القضاء بالعلم یدخل فی القضاء بین الناس بالعدل وبالحق، وهو یعلم کذلک یجوز له اقامه الحدود بعمله، فانّه بعد البناء علی أنّ إقامتها من وظیفته یکون مقتضی اطلاقات خطابات الحدود لزوم اقامتها علی مرتکبی موجباتها، کقوله سبحانه: «الزَّانی وَالزَّانِیَهُ فَاجْلِدُوا کُلَّ واحد»(۱) إلخ، وشهاده الاربعه أوغیرها کالاقرار من المرتکب طریق الی موجب الحدّ فیما اذا لم یحرز الارتکاب وجداناً.

امّا الأمر الاول، بمعنی أنّ اقامه الحدود والتعزیرات وظیفه الحاکم، ومن ثبت له منصب القضاء، فمجمل القول فیه أنّه لا یحتمل جواز تعطیل الحدود والتعزیرات مع فقد الإمام المعصوم أو المنصوب بالبصب الخاص من قبله، فانهما شرعتا لأمن الناس والممانعه عن انتشار الفساد فی البلاد فی کل العصور والازمنه، کما هو مقتضی اطلاقات خطاباتهما، ولا یحتمل أیضاً أن یجوز لکلّ أحد المباشره لإقامتهما فان ذلک یوجب إنتشار المخاصمات والعداء بین الناس والفساد فی البلاد.

وفی صحیحه داود بن فرقد قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: إن أصحاب رسول اللّه صلی الله علیه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کانت صانعاً به، قال: کنت أضربه بالسیف قال: فخرج رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقال: «ماذا یا

۱- (۱) النور: ۴.

....

الشَرح:

سعد»، فقال، سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امرأتک رجلاً ما کنت صانعاً به، فقلت: اضربه بالسیف، فقال: «یا سعد فکیف باربعه شهود» فقال: یا رسول اللّه بعد ما رأی عینی وعلم اللّه أنّه قد فعل، قال: «أی واللّه بعد رأی عینک وعلم اللّه ان قد فعل، أن اللّه جعل لکل شیء حدّاً وجعل لمن تعدی ذلک الحدّ حدّاً(۱).

والمستفاد منها أنّه لا یجوز للرعیه التعدی لاجراء الحدّ، بل لابُدّ من ثبوت موجبه عند الحاکم.

ویدلّ علی أنّ اقامتها کالقضاء من وظیفته موثقه السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام : «انّه کان لا یجیز کتاب قاض الی قاض فی حدّ ولا غیره(۲) الحدیث».

فانّه لو لم تکن الحدود بید القضاه لم یکن للمنع عن اعتبار الکتابه معنی، وفی خبر حفص بن غیاث قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام قلت: من یقیم الحدود السلطان أو القاضی؟ فقال: «اقامه الحدود الی من الیه الحکم»(۳).

وعلی الجلمه، القدر المتیقن ممنّ له اقامه الحدود هو الفقیه المنصوب للقضاء ولو بالنصب العام، الذی ذکرناه فی باب القضاء، مع تمکنه من اقامتها، وهذا بالإضافه الی الحدود التی من حقوق اللّه کحدّ الزنا، وامّا ما کان من حقّ الناس، سواء کان حدّاً کحد القذف أو التعزیر کشتم شخص فاستیفائهما یتوقف علی مطالبه من له الحق.

ص: ۱۴۸

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۱۰.
۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعاوی ،الحدیث ۱: ۲۱۸.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعاوی ،الحدیث ۱: ۲۲۰.

فی رد شهاده بعض الشهود

السادسه: إذا شهد بعض وردّت شهاده الباقين، قال فی المبسوط والخلاف: ان ردّت بأمر ظاهر حدّ الجميع[١] وان ردّت بأمر خفی فعلى المردود الحد دون الباقين، وفيه اشكال من حيث تحقق القذف العاری عن بينه، ولو رجع واحد بعد شهاده الاربع حدّ الراجع دون غيره.

الشَرح:

كما يدل على ذلك ما فی صحيحه الفضيل عن أبی عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «واما حقوق المسلمين فاذا أقرّ على نفسه عند الامام بفريه لم يحده حتى يحضر صاحب الفريه أو وليّه، وإذا أقرّ بقتل رجل لم يقتله حتى يحضر اولياء المقتول فيطالبوا بدم صاحبهم»(١).

وفی صحيحه الفضيل بن يسار عن أبی عبداللّه عليه السلام : «من أقرّ على نفسه عند الامام بحق أحد من حقوق المسلمين فليس على الإمام ان يقيم عليه الحدّ الّذی أقرّ به عنده حتى يحضر صاحبه حق الحد أو وليه ويطلبه بحقه(٢).

[١] والوجه فی ذلك أنّ مع ظهور موجب الردّ كالعمى فی بعضهم، بناءً على اعتبار الشهاده بالرؤيه كالميل فی المكحله أو الفسق الظاهر، لا يكون شهاده الباقين من شهاده الاربعه بالزنا الموجبه لانتفاء القذف، وهذا بخلاف ما إذا كان ردّ شهاده البعض لأمر خفی، فانّه مع عدم اطلاع الباقين بذلك الأمر الخفی لا تكون شهادتهم مع شهادته إلاّ العمل بما عليهم من الشهاده حسبه.

نعم، يتعلق بالمردود شهادته الحدّ، حيث انّه يعلم على صفه يحسب شهادته قذفاً، ولكن فی التفصيل المزبور اشكال، لانّه مع عدم ثبوت الزنا يحسب شهاده كل واحد قذفاً، والقذف موجب لحدّه، وفی روايه أبی بصير عن

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث ١: ٣۴۴.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث ٢: ٣۴۴.

السابعه: إذا وجد مع زوجته رجلاً يزنى فله قتلهما ولا أثم[۱]، وفى الظاهر عليه القود إلاّ أن يأتى على دعواه ببينه أو يصدقه الولى.

الشَرح:

أبى عبداللّه عليه السلام فى أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلم يعدلوا، قال: «يضربون الحدّ».

نعم، إذا شهد الشهود بالزنا ورجع بعضهم عن شهادته لا يتعلق حدّ القذف بغير الراجع لثبوت الزنا بشهادتهم ورجوع البعض، وان يوجب سقوط الحدّ عن المشهود عليه، الغير بالزنا، بلا فرق بين رجوعه بعد حكم الحاكم بمقتضى شهادتهم أو قبله، لأنّ الموجب لانتفاء القذف تحقّق الشهاده المسموعه لا تحقّق الحكم على طبق شهادتهم.

بل ذكرنا فى باب رجوع الشاهد عن شهادته أنّ الموجب لاجراء الحدّ ثبوت الارتكاب للحاكم، ولا اثر لحكمه بعد ثبوته، وذكرنا ما يصحّ أن يقال فى وجه سقوط الحدّ عن المشهود عليه بعد رجوع بعض الشهود.

وعلى كلّ تقدير يتعلّق بالراجع حدّ القذف، لأنّ رجوعه عن شهادته السابقه اعتراف بأنّها كانت رمى الغير بالزنا.

[۱] وهذا هو المحكى عن الشيخ قدس سره وجماعه، بل المنسوب الى المشهور، ومقتضى إطلاق الكلمات عدم الفرق بين إحصانهما وعدمه، وعن ابن إدريس تقييد الحكم بصوره احصانهما، كما أنّ مقتضى اطلاقهم عدم الفرق بين كون الزانى حرّاً أو عبداً، والزوجه حرّه أو أمه، بل عدم الفرق بين كون القاتل زوجاً لها بالعقد الدائم أو المنقطع، فيجوز له قتلهما حال وجدانهما على الفجور أم بعد ذلك.

ويقع الكلام فى مقامين:

الاوّل: فى انّه يجوز للزوج قتلهما وانّه لا شىء عليه واقعاً، لا القود ولا الأثم.

....

الشَرح:

والثانی: انّه إذا لم یتمکن من إثبات فجورهما عند الحاکم لعدم الشهود وعدم اعتراف اولیهما، یتعلّق علی الزوج القود بحسب قوانین القضاء.

أمّا المقام الاوّل: فقد یستدلّ علی الجواز بما ورد فیمن اطلع علی دار قوم من أن عینیه مناحان لأهل الدار، وأنّه یجوز لهم جرحه، وانّ من دخل دار قوم بغیر إذن أهلها فدمه مباح.

ففی صحیحه محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «عوره المؤمن علی المؤمن حرام، وقال: من اطّلع علی مؤمن فی منزله فعیناه مباحه للمؤمن فی تلک الحال، ومن دمّر علی مؤمن بغیر إذنه فدمه مباح للمؤمن فی تلک الحاله»(۱).

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أیّما رجل اطلع علی قوم فی دارهم لینظر الی عوراتهم ففقؤوا عینه أو جرحوه فلا دیه علیهم، وقال: من اعتدی فاعتدی علیه فلا قود له»(۲).

وفی روایه العلاء بن الفضیل عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا اطلع رجل علی قوم یشرف علیهم أو ینظر من خلال شیء لهم فرموه فأصابوه فقتلوه أو فقؤوا عینه فلیس علیهم غرم»(۳).

ویقال: إذا جاز فقأً عین المطلع وجرحه أو قتله جاز القتل بالفجور، ولکن لا یخفی هذه الروایات وارده فی الدفاع عن العرض وترخیص للممانعه عن اطلاع الغیر بعوراتهم.

ص :۱۵۱

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲، ۴، ۶، ۷: ۴۸ ۵۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۴، ۶، ۷: ۴۸.

۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۶: ۴۸.

....

الشَرح:

وفی موثقه عبید بن زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «اطلع رجل علی النبی صلی الله علیه و آله من الجرید، فقال له النبی صلی الله علیه و آله : لو اعلم أنّک تثبت لی لقمت الیک بالمشقص حتی افقأ به عینیک قال: فقلت له: وذاک لنا، فقال: ویحک أو ویلک - أقول لک إنّ رسول اللّه فعل وتقول ذاک لنا»(۱).

وعلی ظاهر هذه وما قبلها أنّ فقأ عین المطلع أو جرحه للممانعه والدفاع عن العرض، وقد قیّد الأصحاب الدفاع بما إذا لم ینفع الزحر، ویأتی الکلام فیه فی بحث الدفاع، وهذا لا ینطبق علی ما یذکر فی المقام، ومن جواز أن یقتل الزوج الزانی وزوجته المزنی بها حال الفجور أو بعده.

وممّا ذکر یظهر المناقشه فی الاستدلال علی ما علیه المشهور کما قیل، بما ورد فی جواز الدفاع عن العرض، کصحیحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول فی رجل أراد أمرأه علی نفسها حراماً فرمته بحجر فاصابت منه مقتلاً قال: «لیس علیها شیء فیما بینها وبین اللّه عزّ وجلّ، وان قدّمت الی امام عادل أهدر دمه»(۲).

وعلی الجمله، الدفاع عن العرض بل وجوبه ولو أدّی ذلک بقتل المعتدی، کمن دخل دار شخص للاعتداء علی بنته أو زوجته ولو بتقبیلهما أمر جائز، فانّ الدّفاع بقتل المعتدی فی الدّفاع عن ماله جائز، فکیف فی دفاعه عن عرضه.

والکلام فی المقام فی غیر مورد انطباق عنوان الدفاع عن العرض، کما هو ظاهر الفرض، فانّ القتل فی المقام یعمّ ما إذا کان بعد العمل ولم یکن الفجور

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۷: ۴۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۴۶.

....

الشَرح:

بالدخول فى داره، والقتل فى المقام كانه انتقام وجزاء لهتك عرضه.

نعم، يستدل للجواز بروايه سعيد بن المسيّب أنّ معاويه كتب الى أبى موسى الاشعرى أنّ ابن أبى الجسرين وجد رجلاً مع أمرأته، قال: فاسأل لى عليّاً عن هذا، قال أبو موسى: فلقيت عليّاً فسألته الى ان قال فقال: «انا أبو الحسن ان جاء باربعه يشهدون على ما شهد فهو والاّ دفع برمّته»(۱).

فانّها ظاهره فى جواز قتل الزانى بأمراته، بل لا يبعد شمولهما إذا كان قتله بعد فجوره بها ولو بمده، ولكنها ضعيفه سنداً، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، لاحتمال أنّ فتوى البعض للاعتماد على الروايات المتقدّمه، مع أنّ فتواهم جواز قتل الزانى وزوجته المزنى بها، مع أنّ الروايه ظاهرها قتل الزانى.

نعم، عن الشهيد فى الدروس: روى أنّ من رأى زوجته تزنى فله قتلهما(۲)، ولكن غايته أن تحسب هده روايه مرسله لم توجد فى كلام من تقدم عليه.

ومع الغضّ عما ذكر فقد يقال: انّ صحيحه داود بن فرقد تعارضها، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «ان اصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرايت لو وجدت على بطن امراتک رجلًا ما كنت صانعاً به، قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقال: ماذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امراتک رجلاً ما كنت صانعاً به، فقلت: اضربه بالسيف، فقال: يا سعد كيف باربعه شهود؟ فقال: يا رسول اللّه بعد ما رأى عينى وعلم اللّه ان قد فعل،

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۶۹ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲:۱۰۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۵ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴۱۳.

الثامنه: من افتض بکراً باصبعه لزمه مهر نسائها[۱]، ولو کانت أمه لزمه عشر قیمتها، وقیل: یلزمه الارش، والأوّل مروی.

الشَرح:

قال، ای واللّه رأی عینک وعلم اللّه ان قد فعل، ان اللّه جعل لکل شیء حدّاً وجعل لمن تعدی ذلک الحد حدّاً»(۱).

ولکن یمکن أن یقال: انّه لو تم أمر السّند فی روایه سعید بن المسیب کان مقتضی الجمع بیهما وبین هذه الصحیحه حمل هذه علی أنّ قتل الزانی بزوجته بلا شهود أربعه غیر جائز، لا لانّ قتله فیما بینه وبین اللّه غیر جائز بل بما هو تعزیر النفس وارتکاب ما یوجب القود علیه بحسب قوانین القضاء.

لا یقال،: یجری ذلک، أی عدم جواز تعزیر النفس، فی ظاهر الشرع فی موارد الدفاع عن العرض والمال.

فانّه یقال: إذا انطبق علی قتل المعتدی عنوان الدفاع مع توقفه علیه فالتعزیر المزبور مرخص فیه، بخلاف رؤیه الزانی بزوجته، فانّه لا یجوز، کما هو مقتضی الجمع بین الروایتین .

واما المقام الثانی: فیظهر الحکم فیه مما سبق بان تعلق القود علی الزوج انما هو بحسب قوانین القضاء وارتکابه ما یوجب القود علی ما هو مقتضی الجمع بین الروایتین بناءً علی تمامیه سند روایه سعید بن المسیب، لا لان قتل الزانی بالزوجه فیما بینه وبین اللّه غیر جائز.

[۱] ظاهر ما ذکره فی المتن لا یرتبط بمسائل حدّ الزنا، ولعلّه سقط عن قلمه ذکر الحد أو التعزیر، وکیف کان افتضاض البکر الحره واذهاب بکارتها بالاصبع أو بغیره یوجب ضمان مهر المثل علی الفاعل، ولم یظهر فی ذلک خلاف.

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱:۳۰۹.

....

الشَرح:

ويدلّ عليه عده روايات كصحيحه عبداللّه بن سنان وغيره عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه افتضّت جاريه بيدها قال: «عليها المهر وتضرب الحدّ»(۱).

وفى صحيحته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام : قال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه افتضت جاريه بيدها، قال: عليها مهرها وتجلد ثمانين»(۲).

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «إنّ علياً عليه السلام رفع اليه جاريتان دخلتا الحمام فافتضت أحدهما الاخرى باصبعها، فقضى على التى فعلت عقلها»(۳)، والعقل هو الصداق فى ذهاب العذرء بغير جماع.

وفى صحيحه معاويه بن وهب عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث طويل: «إنّ امرأه ادعت نسوه فأمسكن صبيه يتيمه بعد ما رمتها بالزنا وأخذت عذرتها باصبعها، فقضى أمير المؤمنين عليه السلام أن تضرب المرأه حدّ القاذف والزمهن جميعاً العقر، وجعل عقرها اربعمائه دراهم»(۴).

وهذه قضيه فى واقعه، والتحديد بالاربعمائه لعلها بمقدار مهر امثالها، يستفاد منها أنّ الاشتراك فى الافتضاض ولو بامساك البكر يوجب الاشتراك فى ضمان المهر، ولعلّ الحدّ فى صحيحه عبداللّه بن سنان يختص بصوره القذف، بقرينه أنّ الفعل المزبور إذا صدر عن المرأه يكون لاتّهام الجاريه كما هو ظاهر صحيحه معاويه بن وهب، وإلاّ لم يحك الحدّ بالثمانين أو بالمائه فى مجرد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۴۰۹.
۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲: ۴۰۹.
۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۴۵ من أبواب ديات الاعضاء، الحديث ۱:۲۷۰.
۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب النكاح المحرم ، الحديث ۲: ۲۳۹.

حد من تزوج أمه على حره بغير إذنها

التاسعه: من تزوج أمه على حرّه مسلمه فوطئها قبل الاذن، كان عليه ثمن حدّ الزانى[۱].

الشَرح:

الافتضاض، ويمكن أن يكون المراد بالحدّ التعزير وذكر فى الجواهر: لو كان المفتض الزوج فعل حراماً، وقال بعضهم وعزّر واستقر المسمى، فتأمل.

أقول: لعّل أمره بالتأمل ناظر الى استقرار المهر المسمى، فانّه لا ينبغى التأمل فى حرمه فعله واستحقاقه التعزير، لكون الافتضاض بالاصبع يحسب من الجنايه على الباكره لا الاستمتاع ببعضها، فيوجب ذلك استقرار مهر المثل على زوجها أيضاً، واستقر المهر المسمى يكون بدخوله بها، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] ذكر ذلك جماعه وقالوا: انّ وط ء الأمه التّى تزوج بها على حرّه مسلمه قبل الاذن واجازه الحره، يوجب تعلّق ثمن حدّ الزنا بالزوج الواطى.

ويستدل على ذلك بروايه حذيفه بن منصور، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل تزوّج أمه على حرّه لم يستاذنها، قال: «يفرق بينهما» قلت: عليه أدب؟ قال: «نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزانى وهو صاغر»(۱).

وروايه منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل تزوج أمه على مسلمه ولم يستأمرها، قال: «يفرّق بينهما»، قلت: فعليه أدب؟ قال: «نعم اثنا عشر سوطاً ونصف من حد الزانى وهو صاغر»(۲).

وبما أنّ فى الروايتين غير مفروض فاعتبارهم الوط ء، خصوصاً بملاحظه الأدب والتعزير، حيث إنّ مجرد انشاء عقد النكاح لا يكون محرّماً تكليفاً ليثبت فيه الأدب أو الحدّ.

ص: ۱۵۶

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، الباب ۴۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث ۲: ۳۹۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۴، الباب ۷ من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث ۴: ۴۱۹.

بطلان نكاح الأمه على الحره المسلمه بغير إذنها

....

الشَرح:

ومع ذلك لا يمكن الالتزام بـذلك، لأنّ نكاح الأمه بلا إذن الحره محكوم بالبطلان، فلابُـدّ فى صـحته من إذنها أو اجازتها، كما هو ظاهر ما ورد فى نكاح الأمه على الحره، وعليه فان كان الرجل عنـد وط ء الأمه عالماً بفساد نكاحها، ومع ذلك أقـدم بوطيها، فلابُدّ من ثبوت حدّ الزنا لا الأدب بثمن حد الزانى، وإن كان جاهلاً فالتعزير لا بأس به.

ولكن تجديـده بثمن حـدّ الزنـا لاـ يتمّ لضـعف الروايه الاـولى، فانّ فى سـندها احمـد بن عوذه، عن إبراهيم بن إسـحاق، والثانى ضعيف ومع ضـعفه لاـ يفيـد دعوى كون الأوّل من المعاريف، أنّه احمـد بن بصـر بن سـعيد البابلى أو الباهلى، والروايه الثانيه مع ارسالهـا لا يمكن الاسـتدلال بها على حكم الأمه، فانّ الشـيخ رواها ومتنها: «تزوج أمه على مسـلمه»، والكلينى رواها: «تزّوج ذميه على مسلمه» ولو لم يكن الصحيح نقل الكلينى بقرينه: «على مسلمه» فلا اقلّ من الاجمال.

وممّـا ذكرنـا ظهر أنّه لو بنى على صـحه تزويـج الأـمه على الحره، وانّ للحره حل النكاح وفسـخه، وحرمه وط ء الرجل الأمه قبل اجاره الحره ورضاها أيضاً، لا يمكن تحديد التعزير على الوط ء بثمن حدّ الزنا.

ويجرى ما ذكرنا فى النكاح الـذميه على المسـلمه بغير اذن المسـلمه ورضاها، فانّه لو قلنا ببطلان التزويج المزبور فوطيها مع العلم ببطلان النكاح يوجب حدّ الزنا، ومع الجهل فلا يبعد الالتزام بالتعزير.

ولكن فى صـحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السـلام فى رجل تزوّج ذميه على مسلمه، قال: «يفرّق بينهما ويضرب ثمن حد الزانى اثنا عشر سوطاً ونصفاً، فان رضيت المسلمه ضرب ثمن الحدّ ولم يفرّق بينهما»، قلت: كيف يضرب

حد الزنا فی مکان أو زمان شریفین

والعاشره: من زنی فی شهر رمضان، نهاراً کان أو لیلًا، عوقب زیاده علی الحدّ لانتهاکه الحرمه، وکذا لو کان فی مکان شریف أو زمان شریف[۱].

الشَرح:

النصف؟ قال: «یوخذ السّوط بالنصف».

ویؤیّده روایه منصور بن حازم المتقدّمه، بناءً علی روایه الکلینی، کما نفینا عنها البعد، فلابُدّ علی القول ببطلان النکاح عن حمل ثمن حدّ الزانی علی تحدید التعزیر فی صوره الجهل بالحکم.

نعم، بناءً علی الالتزام بصحه النکاح وانّ للمسلمه فسخه وابطاله وحرمه وطیها قبل الاستیذان ورضاها، فلا موضوع لتعلق حدّ الزنا.

[۱] ویستدلّ علی ذلک بأنّ انتهاک حرمه الشهر أو المکان الشریف کالمساجد والمشاهد المشرفه، أو الزمان الشریف، عنوان آخر یوجب زیاده الحدّ بثبوت التعزیر معه، وبما ورد فی مرفوعه جابر عن أبی مریم قال: أتی أمیر المؤمنین علیه السلام بالنجاشی الشاعر وقد شرب الخمر فی شهر رمضان، فضربه ثمانین ثم حبسه لیله ثم دعا به من الغد فضربه عشرین، فقال له: یا أمیر المؤمنین ضربتنی ثمانین فی شرب الخمر وهذه العشرون ما هی، قال: «لجرئتک علی شرب الخمر فی شهر رمضان»(۱).

حد الزنا بالمرأه المیته

ثم انه لا فرق فی تعلق الحدّ بالزانی جلداً أو رجماً، بین زناه بالمرأه الحیه أو المیته، فان کان محصناً رجم وان کان غیرمحصن جلد.

وکان علی الماتن قدس سره جعل ما ذکرنا المسأله الحادیه عشر، وإن کان الاطلاق فی تعلّق الحدّ بالزانی جلداً أو رجماً کان کافیاً فی افاده عدم الفرق، ولعلّ دعوی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۴.

....

الشَرح:

الاجماع وعدم الخلاف فی الحکم لاستظهار الاطلاق من کلمات الاصحاب، کما هو الحال فی اطلاق مادلّ علی حدّ الزانی المحصن وغیره.

ویدلّ علیه ایضاً ما رواه الکلینی قدس سره عن علی بن إبراهیم، عن ابیه، عن آدم بن إسحاق، عن عبداللّه بن محمّد الجعفی، قال: کنت عند أبی جعفر علیه السلام وجاءه کتاب هشام بن عبدالملک فی رجل نبش قبر امرأه فسلبها ثیابها ثم نکحها فانّ الناس قد اختلفوا علینا، طائفه قالوا اقتلوه وطائفه قالوا احرقوه، فکتب الیه أبو جعفر علیه السلام : «إنّ حرمه المیت کحرمه الحی تقطع یده لنبشه وسلبه الثیاب، ویقام علیه الحد، فی الزنا ان احصن رجم وان لم یکن أحصن جلد مائه»(۱).

ونحوها ما رواه المفید فی کتاب الاختصاص عن علی بن إبراهیم بن هاشم، عن أبیه، قال: «لما مات الرضا علیه السلام حججنا فدخلنا علی أبی جعفر وقد حضر خلق من الشیعه الی ان قال فقال أبو جعفر علیه السلام : «سئل أبی عن رجل نبش قبر امرأه فنکحها، فقال ابی یقطع یمینه للنبش ویضرب حدّ الزنا، فان حرمه المیّته کحرمه الحیه»(۲)، وللمناقشه فی سندهما تصلحان للتأیید.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۱۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۶: ۵۱۱.

الباب الثانی: فی اللواط، والسحق، والقیاده.

تعریف اللواط

أمّااللّواط.

فهو وطی ء الذکران بایقاب وغیره[۱]، وکلاهما لا یثبتان الاّ بالاقرار أربع

الشَرح:

[۱] إذا کـان وقاع ذکر بین الیتی ذکر آخر مع الایقاب والثقب، فلا ینبغی التأمّل فی کونه ظاهر لفظ اللواط المترّتب علیه ما یأتی .

وأمّـا إذا لم یکن فی البین ایقاب وثقب، فهو وإن کان محرماً بلا شـبهه إالاّ أنّ اللواط منصـرف عنه، ولا اقلّ من عـدم ظهوره فیه ایضاً، کرروایه أبی بکر الحضرمی بین الفرضین.

ولعـل تعمیم الماتن قـدس سره اللواط الفرضـین مسـتند الی ما یسـتظهر من بعض الروایات، کروایه أبی بکر الحضـرمی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام ، قـال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السـلام بـأمرأه وزوجهـا قـد لاـط بابنهـا من غیره وثقبه، وشـهد علیه بـذلک الشـهود، فأمر به علیه السـلام ، فضـرب بالسـیف حتّی قتل وضرب الغلام دون الحدّ، وقال: اما ما کنت مدرکاً لقتلتک لا مکانک ایّاه بنفسک بثقبک»(۱).

ووجه الاسـتظهار أنّه لو لم یکن اللواط بلا ثقب لم یکن وجه لـذکر الثقب فی السؤال بعد فرض وقوع اللواط، ولکن لا یخفی لو سلّم ظهورهـا فی اسـتعمال اللـواط فی مطلق الوقـاع بین الیـتی ذکر ولو مع عـدم الثقب، کمـا هو مقتضـی ذکر الثقب بعـد فرض اللواط، فلا یوجب ذلک ظهور لفظ اللواط فی العموم وعدم انصرافه الی فرض الثقب .

وامّا ما فی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «قال أمیر المؤمنین علیه السلام :

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۱: ۴۱۸.

ثبوت اللواط بالإقرار أربع مرات

مرّات[۲]، أو شهاده رجال بالمعاينه.

الشَرح:

اللواط ما دون الدبر والدبر هو الکفر»(۱)، وروایه حذیفه بن منصور قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن اللواط؟ فقال: «ما بین الفخذین»، وسألته عن الذی یوقب، فقال: «ذاک الکفر بما انزل اللّه علی نبیه»(۲).

فظاهرهما أنّه تنزیل بلحاظ العقوبه وتشدید فی تحریم الایقاب والثقب، والاّ فمجرّد الایقاب والثقب لا یوجب الارتداد ولا یتعلق حدّ الارتداد، کما أنّه لا یترتّب علی مثل التفخیذ من غیر حدّ الایقاب.

نعم، لا تأمّل فی حرمته ایضاً، وتعلّق الحدّ به ولکنّه غیر حدّ اللواط.

ثم إنّه قد یقال: أنّه لا- یعتبر فی الایقاب والثقب المترتب علیه الحد الآتی وغیره من الاحکام، من تحریم اُم الملوط واخته وبنته ادخال تمام الحشفه، بل یکفی فی ترتب ما ذکر الادخال ولو ببعضها لأنّ الایقاب بمعنی الادخال، وهو یصدق مع دخول بعضها.

ولکن یمکن المناقشه فیه، بأنّ المرتکز فی الاذهان من الدخول والثقب ما حدّد به موجب الغسل واستقرار المهر وتعلّق حدّ الزنا.

[۲] لا ینبغی التأمّل فی أنّ اللواط بالمعنی المتقدّم المترتب علیه الحدّ الآتی وغیره من الأحکام لا یثبت إلاّ بالاقرار به بأربع مرّات أو تمام شهاده الاربعه، وهذا أمر متفّق علیه بین الاصحاب .

وفی صحیحه مالک بن عطیه عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «بینما أمیرالمؤمنین علیه السلام فی ملاء أصحابه إذ أتاه رجل، فقال: یا أمیرالمؤمنین إنی أوقبت

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۰ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۲: ۲۵۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۰ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۳: ۲۵۷.

....

الشَرح:

على غلام فطهّرنى، فقال له: يا هـذا إذهب إلى منزلك لعلّ مراراً هاج بك، حتّى فعل ذلك ثلاثاً بعد مرّته الاولى، فلمّا كان فى الرابعه قال له: يا هـذا إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله حكم فى مثلك بثلاثه أحكام، فاختر أيهّن شئت، قال: وما هنّ يا أمير المؤمنين ، قال: ضـربه بالسيف فى عنقك بالغه ما بلغت، أو اهداب من جبل مشدود اليدين والرجلين، أو احراق بالنّار الحديث»(١).

فانّها ظاهره فى اعتبار بأربع مرات، حيث إنّه لو كان يثبت بالاقرار ثلاثا مثلاً لم يكن وجه لتأخير ما ذكره عليه السلام الى عقيب الرابعه، وقد تقدّم فى بحث ثبوت الزنا بالاقرار أنّ كلّ اقرار يحسب شهاده، ومقتضاه أن لا يثبت اللواط بأقلّ من شهاده الاربع.

أضعف الى ذلك أنّه لا يثبت موجب الحد بأقلّ من الاقرار باربع مرات، ويثبت بشهود أقلّ، حيث إنّ الاقرار، كما هو مقتضى استقصاء موارده يثبت بعض موجب الحد أو جلّه بالمره الواحده، ولا يثبت موجب حدّ بشهاده عدل واحد هذا كلّه بالاضافه إلى ثبوت اللواط بالمعنى المتقدم، وأمّا ثبوت ما أدخله الماتن وبعض آخر فى معنى اللواط، فعدم ثبوته إلّا بالاقرار أربع مرات أو بشهاده الاربعه فاتمامه بالدليل مشكل، بعد ثبوت الاطلاق فى اعتبار الاقرار ولو بمره واحده، وكذا فى ناحيه اعتبار البينه المنصرفه الى شهاده العدلين.

وعلى الجمله، الذى لا يثبت بأقلّ من شهاده الاربعه هو اللواط الموجب للقتل بالضرب بالسيف فى عنق اللائط أو باهداره أو حرقه، بناءً على أنّه موجب

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۵ من أبواب حد اللواط، الحديث ١: ۴٢٢.

ویشترط فی المقر البلوغ، وکمال العقل، والحریه، والاختیار، فاعلاً کان أو مفعولاً ولو أقر دون أربع لم یحدّ وعزر[۱]، ولو شهد بذلک دون الأربعه لم یثبت الشَرح:

للحدّ المزبور مطلقاً، ولو کان اللائط غیر محصن کما یأتی، وان بنی أنّ غیر محصن لا یقتل بل یجلد، کالزانی غیر المحصن، فلابُدّ فی ثبوته أیضاً الاقرار بأربع مرات أو شهاده أربعه رجال.

کما یدلّ علی ذلک مثل قول أبی عبداللّه علیه السلام فی صحیحه حریز المرویّه عن تفسیر علی بن إبراهیم: «القاذف یجلد ثمانین جلده ولا تقبل له شهاده ابداً إلّا بعد التوبه أو یکذب نفسه، فان شهد له ثلاثه وأبی واحد یجلد الثلاثه ولا تقبل شهادتهم حتی یقول اربعه رأینا مثل المیل فی المکحله»(۱).

فانّ اطلاق القاذف یقم نسبه اللواط الی شخص محصناً کان أو غیره، کما أنّ ثبوت الزنا بأربعه رجال کان الزانی محصناً أو غیره.

کما یدل علیه ما تقدم فی بحث ثبوت الزنا ونحوه، کموثقه عمار الساباطی، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل یشهد علیه ثلاثه رجال أنّه قد زنی بفلانه ویشهد الرابع أنّه لا یدری بمن زنی، قال: «لا یحدّ ولا یرجم»(۲)، غایه الأمر قد ثبوت الزنا جواز انضمام شهاده النساء الی الرجال علی ما تقدم.

[۱] قد تقدّم اعتبار البلوغ والعقل والحریه فی المقر فی ثبوت الزنا بالاقرار، وکذا اعتبار الاختیار بمعنی عدم الاکراه، فلا نعید.

وأمّا إذا اعترف الواجد للاوصاف بأقلّ من أربع مرات، فقد ذکر الماتن وغیره أنّه لم یحدّ ولکن یعزّر، ولا یبعد أن لا یکون للتعزیر وجه إذا کان اعترافه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد القذف، الحدیث ۵: ۴۳۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۶: ۳۷۲.

وكان عليهم الحدّ للفريه[۱]، ويحكم الحاكم فيه بعلمه، إماماً كان أو غيره على الاصح[۲].

الشَرح:

عند الحاكم بداعى التطهير، ثم ندم ولم يكمل الاقرار أو بغير ذلك.

كما لا يبعد الحكم بفسقه، حيث لا منافاه بين عدم ثبوت المقرّ به ونفوذ اقراره على نفسه بالفسق، فلا يقبل شهادته فيما إذا كان قبل ذلك عدلاً ولا يجوز الاقتداء به، الى غير ذلك من نفى الاحكام المترتبه على عدم العداله، ودعوى أنّه إذا ثبت الفسق ثبت التعزير عليه، فقد تقدم الجواب عن ذلك.

وقد يمكن أن يستظهر نفى التعزير من صحيحه مالك بن عطيه، حيث إنّ أمير المؤمنين عليه السلام لم يعزّر الرجل فى شىء من المرات الثلاث من اقراره، الاّ ان يقال بعدم التعزير فى مورد العلم أو الاحتمال فى اتمام الاقرارات، والكلام فى مورد عدم اتمامها.

[۱] لما تقدم ويأتى التفصيل، من عدم الفرق فى القذف الموجب لحدّه بين النسبه الى الزنا أو اللواط، وذكرنا ما يدلّ على أنّ مع عدم تمام شهاده الاربعه يحدّ الشهود بحدّ القذف .

نعم ذكرنا أنّه يقوم شهاده النساء مقام الاربعه إذا انضمت شهادتهن الى شهاده رجلين أو ثلاثه رجال، بتمام شهاده الاربعه حكماً ينتفى حدّ القذف بخلاف ثبوت اللواط، فانّه لا دليل على سماع شهاده النساء، بل مقتضى الاطلاق فى بعض روايات عدم قبول شهاده النساء فى الحدود عدم السماع.

[۲] وقد تقدّم الكلام فى ذلك فى بحث القضاء، وفى حدّ الزنا، وذكرنا أنّ علم الحاكم إحراز لموجب الحد، فعليه اجراؤه على المرتكب، ولا اثر فى ثبوت الموجب لحكمه بل علمه بنفسه احراز للموجب، نعم هذا فى الحدود التى من

قتل الفاعل والمفعول البالغين فى اللواط

وموجب الايقاب القتل على الفاعل والمفعول، إذا كان كلّ منهما بالغاً عاقلًا، ويستوى فى ذلك الحرّ والعبد والمسلم والكافر والمحصن وغيره[١].

ولو لاط البالغ بالصبى موقباً قتل البالغ وأدّب الصبى، وكذا لو لاط بمجنون، ولو لاط بعبده، حدّا قتلًا أو جلداً، ولو ادعى العبد الاكراه سقط عنه دون المولى، ولو لاط مجنون بعاقل حدّ العاقل، وفى ثبوته للمجنون قولان، اشبههما السقوط.

الشَرح:

حق اللّه سبحانه، وامّا ما كان من الناس فاجراؤه على المرتكب محتاج إلى المطالبه كحدّ القذف.

[١] الموجب بالفتح أى الحدّ المترتب على الايقاب هو القتل، فانّه يقتل الواطى والموطوء إذا كان كلّ منهما بالغاً عاقلًا، بلا فرق بين الحر والعبد، والمسلم والكافر، والمحصن وغير المحصن.

وقد ذكر فى المسالك أنّ العبد فى حدّ اللواط كالحر، ويفترق اللواط عن الزنا، حيث تقدّم انّه لا يرجم العبد بالزنا وان كان محصناً بل يجلد خمسين جلده، والتسويه فى اللواط بالاجماع، وقد يستدل على عدم الفرق بين الحر والعبد، كعدم الفرق بين المسلم والكافر،بالاطلاق فى حدّ اللواط.

لا ـ يقال: قد ورد فى صحيحه زراره أو غير موثقه عن أبى جعفر عليه السلام : انّ الملوط حدّه حد الزانى، ومقتضاه جريان التفصيل فى حد الزنا على اللواط أيضاً، ومن التفصيل فيه كون الزانى أو المزنى بها حراً أو حره أو عبداً أو أمه.

فانه يقال: ظاهر هذه الصحيحه غير معمول بها عند اصحابنا، فانّ الملوط يقتل، بلا فرق فيه بين المحصن وغيره، ولا يمكن أن يكون حدهّ حد الزنا حتى يتمسك باطلاقه.

وما ورد من أنّ على العبد والأمه نصف ما على الحر والحره، وارد فى زنا

قتل الذمى اللائط بمسلم ولو مع عدم الإيقاب

ولو لاط الذّمى بمسلم قتل وان لم يوقب[١]، ولو لاط بمثله كان الامام مخيراً بين إقامه الحدّ عليه وبين دفعه إلى اهله ليقيموا عليه الحدّ.

الشَرح:

العبد والأمه وانهما لا يقتلان وان كانا محصنين، بل يضربان خمسين سوطاً، ولا اطلاق فيه ليتمسك به فى مثل المقام، ولذا لا يتمسكون به فى مثل حدّ الشرب ونحوه، فضلاً عمّا لم يكن الحدّ قابلاً للتنصيف كالقطع والقتل، وما ورد فى عباره الماتن، من أنّه لو لاط بعبده حدّا قتلاً أو جلداً مبنى على عموم اللواط، فان كان مع الايقاب فالقتل وبدونه فالجلد.

وعلى الجمله اللواط بمعنى الايقاب يترتب عليه الحد إذا كان المرتكب بالغاً عاقلاً وبالاختيار، فلو لاط البالغ العاقل بالمجنون قتل العاقل ويجرى قى المجنون ما تقدّم فى زناه، وكذا إذا لاط المحنون بالبالغ العاقل، وقد تقدّم انّه لا يجرى الحدّ على المحنون ولكن يجب الممانعه عن ارتكابه، وإذا لاط البالغ بالصبى قتل البالغ إذا كان بنحو الايقاب وأدّب الصبى، وكذا إذا لاط الصبى بالبالغ، وما ورد فى المزنى بها المحضنه أنّها لا ترجم إذا زنى بها الصبى، لأنّ الذى أتى بها غير مدرك لا يجرى فى اللواط، والتعدى قياس مع الفارق.

[١] وقد نفى الخلاف فى وجوب قتله ولو مع عدم الايقاب، ويذكر أنّ اللواط أشدّ حرمه من الزنا، وقد تقدّم ما يدلّ على قتل الكافر إذا زنى بالمسلمه، وانّ الذمى بلواطه هذا قد هتك حرمه الاسلام، وعن بعض انّه خرج عن شرط الذمه.

ولكن لا يخفى أنّه لم يثبت أنّ تفخيذ الذّكرين أشدّ حرمه من الزنا، بل الثابت أشدّيه حرمه الايقاب وهتك حرمه مسلم ولو كان فاسقاً فاجراً غير هتك حرمه الاسلام، مع أنّ مثل هذا الهتك لو كان موجباً للقتل ثبت ذلك فى تقبيل

وكيفيه إقامه هذا الحدّ القتل، إن كان اللواط ايقاباً[۱]، وفى روايه: ان كان محصناً رجم وان كان غير محصن جلد، والأوّل أشهر.

الشَرح:

الغلامـ المسـلم ونحوه، ومجرّد ارتكـاب الفـاحشه لاـ يوجب الخروج عن الـذّمه، وعلى تقـديره فقتله لكونه حربيـاً لاـ للجزاء على الفعل.

ولو لاـط ذمى آخر فالحكم فيهما كما تقـدّم فى الزنا، من تخيير الحاكم بين اقامه الحـد عيهما أو إرجاعهما إلى حكامهم ليجروا عليهما الحدّ عندهم.

[۱] المشـهور بين الاصـحاب قـديماً وحـديثاً أنّ اللاـطى ء والملوط يقتلاـن، بلا فرق بين المحصن وغيره، ولعلّ الحكم فى ناحيه الملوط مجمع عليه بينهم، وان الملوط البالغ العاقل المختار يقتل، بلا فرق بين كونه محصـناً أو غير محصن، ويقتضيه ايضاً مناسبه الحكم والموضوع.

وفى صـحيحه حمـاد بن عثمـان، قلت لأـبى عبـداللّه عليه السـلام : رجل أتى رجلًا، قال: عليه إن كان محصـناً القتل وإن لم يكن محصناً فعليه الجلد»، قال: قلت: فما على المؤتى به؟، قال: «عليه القتل على كل حال محصناً كان أو غيرمحصن»(۱).

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا كان الرجل كلامه كلام النساء ومشيه النساء ويمكن من نفسه ينكح كما تنكح المرأه فارجموه ولا تستحيوه»(۲).

وإن يمكن أن يناقش فى هذه بأنّ ظاهرها المخنث لا مجرد كونه ملوطاً.

ويمكن استـظهار ذلک من روايه أبى بكر الحضـرمى، عن أبى عبداللّه عليه السـلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السـلام بأمرأه وزوجها قد لاط بابنها من غيره وثقبه وشهد عليه بذلک الشهود فأمر به فضرب بالسيف حتى قتل وضرب الغلام دون الحد،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحديث ۴: ۴۱۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد اللواط، الحديث ۵: ۴۲۱.

....

الشَرح:

وقال: أما لو كنت مدركاً لقتلتك لا مكانك اياه من نفسك بثقبک»(۱).

فانّ مقتضى التعليل فى الذيل ان البالغ الممكن من نفسه الغير ليثقبه يقتل، وهذا لضعف سندها تصلح للتأييد.

وفى روايه يزيد بن عبد الملک، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام : «انّ الرجم على الناكح والمنكوح الى ان قال: وهو على الذكر إذا كان منكوحاً احصن أو لم يحصن»(۲).

وامّا اللاطى فالروايات فيه على طوائف.

احداها: أنّه إذا كان محصناً، كما تقدّم فى صحيحه حماد بن عثمان.

وثانيها: أنّه يرجم مع احصانه، كما فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام : إذا أخذ الرجل مع غلام فى لحاف مجردين ضرب الرجل وادب الغلام، وان كان ثقب وكان محصناً رجم»(۳).

وفى صحيح عن ابن عمير، عن عده من أصحابنا، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الذى يوقب: «أنّ عليه الرجم إن كان محصناً وعليه الجلد إن لم يكن محصناً»(۴).

وفى روايه العلاء بن الفضيل، قال: قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «حدّ اللواطى مثل حدّ

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد اللواط، الحديث ۱: ۴۱۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحديث ۸: ۴۱۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد اللواط، الحديث ۷: ۴۲۱.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد اللواط، الحديث ۸: ۴۲۱.

....

الشَرح:

الزانی، وقال: إن کان قد احصن والاّ جلد»(۱).

وفی روایه یزید بن عبدالملک المتقدمه، قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام : «الرجم علی الناکح والمنکوح ذکراً کان أو انثی إذا کانا محصنین الحدیث».

وفی معتبره الحسین بن علوان، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه، عن علی علیه السلام انّه کان یقول فی اللواطی: «إن کان محصناً رجم وان یکن محصناً جلد الحدّ»(۲).

وفی مقابلهما الطائفه الثالثه، ومقتضی اطلاقها قتل اللاطی یعنی الموقب بلا تقیید أو استفصال بین کونه محصناً أو غیر محصن.

وفی صحیحه مالک بن عطیه، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی حدیث: «انّ أمیر المؤمنین علیه السلام قال لرجل أقرّ باللواط أربعاً: یا هذا إن رسول اللّه صلی الله علیه و آله حکم فی مثلک بثلاثه أحکام فاختر أیهن شئت، قال: وما هن یا أمیر المؤمنین ؟قال: ضربه بالسیف فی عنقک بالغه ما بلغت أو اهداب من جبل مشدود الیدین والرجلین أو احراق بالنار الحدیث»(۳)، حیث إنّه علیه السلام فی مقام بیان قول علی علیه السلام فی مقام الحکم لم یقید الرجل بکونه محصناً.

وفی روایه سلیمان بن هلال، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یفعل بالرجل، قال: فقال: «ان کان دون الثقب فالجلد وان کان ثقب اقیم قائماً ثم ضرب بالسیف ضربه أخذ السیف منه ما اخذ، فقلت له: هو القتل؟ قال: هو ذاک»(۴).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۳: ۴۱۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۶: ۴۱۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۱: ۴۲۳.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۲: ۴۱۷.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحسین بن سعید، قال: قرأت بخطّ رجل أعرفه إلی أبی الحسن علیه السلام ، وقرأت جواب أبی الحسن علیه السلام بخطّه، هل علی رجل لعب بغلام بین فخذیه حدّ، فانّ بعض العصابه روی أنّه لا بأس بلعب الرجل بالغلام بین فخذیه، فکتب: «لعنه اللّه علی من فعل ذلک»، وکتب ایضاً هذا الرجل ولم أر الجواب: ما حدّ رجلین نکح احدهما الآخر طوعاً بین فخذیه ما توبته، وکتب: «القتل»، وما حدّ رجلین وجدا نائمین فی ثوب واحد، فکتب: «مائه سوط»(۱).

ولکن الاستدلال بهذه الصحیحه علی أنّ النکاح بین الفخذین من دون ثقب حدّه القتل أولی من الاستدلال علی حدّ الثقب، ویلاحظ ایضاً أنّ الحسین ابن سعید لم یر جوابه علیه السلام عن الکتاب الثانی.

وعلی الجمله، غایه ما یقال: إنّ هذه الطائفه باطلاقها تدّل علی أنّ الحدّ علی الوقب هو القتل، فیرفع الید عن اطلاقها بالطائفه الاولی والثانیه، وقد ورد فیهمااعتبار کون الموقب محصناً فی قتله.

وهذا کله فی اختلاف الروایات فی اعتبار الاحصان فی الموقب وعدم اعتباره فیه، وبین الروایات اختلاف فی جهه اخری، وهی أنّ الوارد فی بعض الروایات أن حدّ الموقب هو القتل، کما فی صحیحه حماد بن عثمان، وفی بعضها الرجم، کما هو الحال فی الطائفه الثانیه.

وفی بعضها تعیین القتل بالضربه فی عنقه بالسیف، والاهداب من شاهق مشدود الیدین والرجلین أو الاحراق بالنار، ویجمع بینها بأنّ دلاله الطائفه الثانیه بجواز

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحدیث ۵: ۴۱۷.

....

الشَرح:

قتله بالرجم بالتصريح، ودلاله عدم جواز قتله بالرجم فى صحيحه مالك ابن عطيه بالاطلاق، أى بعدم ذكر الرجم عدلاً لما ذكر فيها، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بصراحه الطائفه الثانيه، كما أنّ عدم جواز قتله بغير الرجم فى صحيحه أبى بصير ونحوه بالاطلاق، فيرفع عنه بالتصريح بغيره فى صحيحه مالك بن عطيه، ويكون مقتضى الجمع العرفى أنّ حدّ الموقب مع الاحصان الرجم والضرب فى عنقه بالسيف أو الاهداب من شاهق أو الاحراق.

لا ـ يقال: الطائفه المفضله بين كون الموقب محصناً وغير محصن لم تعمل بها الاصحاب، كما هو المحكى عن الشهيد الثانى وغيره، فتحمل على التقيه، لما ذكر الشيخ قدس سره فى التهذيب، من أنّ التفصيل مذهب جماعه من العامه، وذكر فى الجواهر، ولعله تبعاً لغيره، انّ هذه الطائفه تطرح أو تحمل على التقيه.

أقول: الحمل على التقيه فى روايه يكون فى موردين:

احدهما: أن يقع التعارض بين الطائفتين أو روايتين، بحيث لم يكن بينهما جمع عرفى، وإذا كانت إحداهما موافقه للعامه ولو لبعضهم تحمل على التقيه.

الثانى: ان يوجد فى البين قرينه أو يطمئن ولو بقرينه خارجيه أنّ إحداهما ولو مع الجمع العرفى بينهما وبين غيرها صدرت عنهم عليهم السلام لرعايه مذهبهم أو مذهب جماعه منهم، وشىء من الأمرين غير محقّق فى المقام.

أمّا الاول، فلما تقدّم من الجمع العرفى بين الطوائف الثلاث.

وأمّا الثانى، فلأنّ الوجه فى اعراض المشهور أو البعض عن الطائفه المفصّله، كما هو ظاهر كلماتهم، زعمهم أنّ ما ورد من أنّ حدّ اللاطى أو الملوط حدّ الزنا ناظر إلى صوره عدم الايقاب، حيث إنّ اللواط معناه أعمّ يعم النكاح بين

....

الشَرح:

الفخذين والاليتين، وما ورد فى القتل ناظرإلى صوره الايقاب، كما هو مفاد روايه حذيفه بن منصور، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن اللواط ،فقال: «مابين الفخذين»، وسألته عن الذى يوقب، فقال: «ذاك الكفر بما انزل اللّه على نبيه صلى الله عليه و آله .

وعلى الجمله التزموا بأنّ حدّ اللواط من غير ايقاب جلد مائه ومع الايقاب القتل، وبما أنّ الروايات المفصله فى الثقب بين المحصن وغيره لا ـ يبقى لها مجال ومورد بعد الالتزام بما ذكر تركوها أو حملوها على التقيه، خصوصاً مع اشتمالها على الرجم حيث لم يذكروه حدّاً للايقاب.

وقد ذكرنا أنّ الجمع بالالتزام بما ذكروا لا يمكن المساعده عليه، لظهور اللواط وانصرافه الى الايقاب، وروايه حذيفه غير ناظره إلى بيان الحد على ما تقدّم وكيف يمكن دعوى أنّ احداً من أصحابنا لم يعمل بالروايات المفصله، فلاحظ الصدوق قدس سره حيث اقتصر فى باب حدّ اللواط بروايه حماد بن عثمان المتقدّمه، وروايه السكونى المتقدّمه، الوارد فيها لو كان ينبغى لأحد أن يرجم مرتين لرجم اللواطى.

وقال فى محكى المقنع: وإذا أتى رجل رجلاً وهو محصن فعليه القتل وان لم يكن محصناً فعليه الحد، وعلى المأتى به القتل على كلّ حال، محصناً كان أو غيره، وما ذكر فى المأتى به قرينه على كونه مراده من الاتيان الايقاب.

والمتحصل أنّ حدّ اللائط مع عدم احصانه ايضاً القتل ليس بمقتضى الأدلّه.

ثم إنّه إن قلنا بعدم القتل على اللائط غير المحصن بل عليه الجلد بمائه، فهل يستوى فى الجلد الحر أو العبد، أو ينتصف الجلد على العبد كما فى الزنا، فقد ذكرنا فيما سبق أنّ التنصيف وارد فى الزنا، وأمّا اللواط فليس فيه ما يقتضى التنصيف.

....

الشَرح:

ولكن استظهر بعض مشايخنا قدس سره التنصيف من صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام ، حيث ورد فيها: قيل له: فان زنى وهو مكاتب ولم يؤدّ شيئاً من مكاتبته، قال: «هو حق اللّه يطرح من الحدّ خمسين جلده ويضرب خمسين»(١).

ووجه الاستظهار أنّه لو كان التنصيف مختصاً بالزنا لم يكن وجه لذكر قوله عليه السلام : «هو حق اللّه يطرح من الحدّ خمسين جلده»، بل كان يكتفى عليه السلام بقوله يضرب خمسين، فذكره بيان كلّيه وهى أنّ الجلد من حق اللّه سبحانه ينتصف إذا كان المرتكب عبداً، ويجرى هذا فى جلد غير المحصن فى اللواط إذا كان اللاطى عبداً، كما يجرى فى غير اللواط ايضاً.

وصحيحه الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه ثمّ أنّ العبد حدّاً من حدود اللّه، قال: «إن كان العبد حيث أعتق نصفه قوّم ليغرم الذى أعتقه نصف قيمته فنصفه حر، يضرب نصف حدّ الحر ويضرب نصف حدّ العبد، وإن لم يكن قوّم فهو عبد يضرب حدّ العبد»(٢).

ولكن مدلول الصحيحه الاخيره هو أنّه فى العبد المشترك الذى اعتقه احد الشريكين وارتكب الموجب تفصيل، ويقسط عليه الحدّين فى صوره ويجرى عليه حدّ العبد فى صوره آخرى.

وأمّا المورد الذى لا اختلاف فى حدّ الارتكاب بين العبد والحر، كما فى حد شرب الخمر، ومنه حدّ اللواط كما هو مقتضى اطلاق ما دل على حدّه، فالصحيحه

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٤٠١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب حد الزنا، الحديث ٦: ٤٠٤.

تخییر الإمام فی قتل اللائط والملوط بین الضرب بالسیف أو الإحراق أو الإلقاء من شاهق

ثمّ الامام مخیر فی قتله بین ضربه بالسیف، أو تحریقه، أو رجمه، أو القائه من شاهق، أو إلقاء جدار علیه[۱]، ویجوز ان یجمع بین أحد هذه وبین تحریقه[۲].

الشَرح:

غیر وارده فی حکمه هذا، مضافاً إلی أنّ الحدیث ینافی سرایه العتق، علی ما هو المقرر فی بابه.

وأمّا الصحیحه الاولی فلا بأس بالاستظهار المزبور، واوضح منها موثقه ابن بکیر، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن عبد مملوک قذف حرّاً، قال: «یجلد ثمانین، هذا من حقوق الناس فامّا ما کان من حقوق اللّه فانه یضرب نصف الحد»، قلت: الذی من حقوق اللّه ما هو؟، قال: «إذا زنی أو شرب الخمر»(۱).

فانّ ظهورها فی أنّ حدّ الجلد ینتصف فی العبد إذا کان من حقوق اللّه ممّا لا ینبغی التأمّل فیه، وإن کان الانتصاف فی شرب الخمر لا یؤخذ به، لما دل علی أنّ الحر والعبد سواء فی حدّه.

[۱] قد تقدم وجه التخییر بین الرجم والضرب بالسیف فی عنقه أو اهدابه من شاهق وتحریقه، وأمّا کون إلقاء الجدار علیه من عدل ما ذکر فلم یرد إلاّ فی الفقه الرضوی، وادعی أنّ المشهور قد عملوا به، ولکن الفقه الرضوی لم یثبت کونه روایه لیدعی انجبار بعمل المشهور، ولعل فتواهم أو فتوی بعضهم لاطلاق القتل فی بعض الروایات.

وقد ذکر أنّه لابُدّ من رفع الید عنه بما ورد فی صحیحه مالک بن عطیه، وما دلّ علی أنّه یرجم، حیث إنّ ظاهر قوله علیه السلام «یا هذا انّ رسول اللّه حکم فی مثلک بثلاثه أحکام»، عدم کون مطلق القتل حدّاً، ویرفع عن هذا الظهور بالاضافه الی الرجم علی مامر.

[۲] ذکر الماتن قدس سره أنّ للامام أن یجمع بین قتله بأحد المور المتقدمه، وقیل:

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف ، الحدیث ۱۰: ۴۳۶.

....

الشَرح:

صرّح بذلك غير واحد، بل ادّعى عدم الخلاف فيه .

ويستدل على ذلک بصحيحه عبد الرحمن العزرمى، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «وجد رجل مع رجل فى إماره عمر فهرب أحدهما وأخذ الاخر، فجىء به إلى عمر، فقال للناس: ما ترون فى هذا اصنع كذا وقال هذا اصنع كذا، فقال: ما تقول يا ابا الحسن، قال: اضرب عنقه فضرب عنقه، قال: ثم أراد أن يحمله، فقال: مه انّه قد بقى من حدوده شىء، قال: أىّ شىء بقى، قال: ادع بحطب، فدعا عمر بحطب فأمر به أمير المؤمنين عليه السلام فاحرق به»(1).

ولكن يمكن أن يقال إنّها وارده فيمن قتل بالضرب بالسيف فى عنقه لا بالرجم أو الالقاء من شاهق، فالتعدّى إلى ما قتل بهما مشكل، بل يمكن دعوى أنّ هذا فيما أخذ على عمله بالشهود، ولا يجرى على من أحرز عمله باعترافه على نفسه، فانّ الاعتراف بمنزله الشهاده فى جريان العقوبه لا فى التحريق بعد الموت، كما هو ظاهر الروايه .

ولكن الاختصاص ممنوع باطلاق تنزيل الاقرار منزله الشهاده، وحيث لم يعيّن عليه السلام فى نقله الرجل المأخوذ باللائط أو الملوط، فمقتضاه عدم الفرق فى الحكم المزبور بينهما.

وعلى الجمله، ظاهر الصحيحه لزوم الاحراق بعد القتل بالسيف، لا أنّه أمر جائز، كما هو ظاهر الماتن، كما أنّ ظاهره يعطى قتله بكلا الأمرين لا احراقه بعد قتله.

ص :176

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحديث 4: 420.

حد الوط ء من غير إيقاب

وإن لم يكن ايقاباً كالتفخيذ أو بين الاليتين، فحدّه مأه جلده[١]، قال فى النهايه: يرجم إن كان محصناً ويجلد إن لم يكن، والأوّل أشبه.

الشَرح:

والمتحصل، لا يتعيّن قتل اللائط بخصوص الضرب بالسيف، لأنّ صحيحه مالك بن عطيه صريحه فى جواز قتله بغيره مما ورد فيها، كما تقدم جواز قتله بالرجم، إلاّ أنّه إذا قتل بالضرب بالسيف يحرق بعده، ويجرى هذا الحكم فى الملوط ايضاً، لما تقدم من أنّه مقتضى عدم تعيين الرجل .

أضعف إلى ذلك أنّ احراق الملوط بعد قتله بالسيف ورد فى روايه محمّد ابن عبدالرحمن العزرمى عن أبيه، كما ورد فى مرفوعه أبى يحيى الواسطى «أنّ الداعم عليه يحرق بالنار»، ولكن فى سندهما ضعف.

وكيف كان فلا يكون أمر الملوط أخفّ من اللائط مع بلوغه وعقله واختياره، ولا يختلف كيفيه قتله عن قتل اللائط بعد الأمر بقتل كلّ من اللائط والملوط فى صحيحه حماد بن عثمان، والأمر برجمه كالأمر برجم اللائط فى بعض الروايات المعتبره المتقدمه.

[١] كون الحد فى التفخيذ والوط ء بين الاليتين من غير ايقاب هو الجلد بمائه سوط هو المعروف بين الاصحاب، ولعل مستندهم فى ذلك ما ورد فى بعض الروايات، من أنّ حدّ اللوطى مثل حد الزانى أو انّ الملوط حدّه حدّ الزانى، وقد حملوا مثل ذلك على غير صوره الايقاب، بدعوى أنّ اللواط لا يدل على خصوصيه الايقاب، فيحمل ذلك على غير الايقاب، جمعاً بينه وبين ما دل على أنّ حدّ الايقاب والثقب القتل، ولذا فصل بعض كالشيخ فى النهايه صوره عدم الايقاب الى فرضين: احدهما: كون اللائط غير محصن فيجلد مائه، وثانيهما: كونه محصناً فيرجم كما هو مقتضى كونه كالزنا، ولكن تقدم أنّ ظاهر اللواط الايقاب،

ويستوى فيه الحرّ والعبد[۱]والمسلم والكفار والمحصن وغيره، ولو تكرّر الشَرح:

فالجمع المزبور غير تامّ.

ومع ذلك الحدّ فى التفخيذ والوط ء بين الاليتين من غير ايقاب هو الجلد بمائه، وذلك لما ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام : إذا أخذ الرجل مع غلام فى لحاف مجردين ضرب الرجل وأدب الغلام» (۱)، والضرب فى هذه الروايه هو الضرب بمائه جلده، بقرينه ما ذكر بعد ذلك من قوله: «وأدب الغلام».

ومقتضى الشرطيه الثانيه أنّه تعتبر فى رجم اللائط الثقب واحصانه فلا يكون فى غير الثقب قتلًا حتى مع كون الرجل محصناً، غايه الأمر إطلاق الشرطيه الاولى، يعنى فرض عدم الثقب يشمل مجرد نومهما تحت ثوب واحد بلا وقوع التفخيذ ونحوه، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بما تقدم من أنّ الضرب فى مجرد نومهما تحت لحاف واحد مائه جلده إلاّ جلده.

ويؤيّد ذلك روايه سليمان بن هلال عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يفعل بالرّجل، قال: فقال: «ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب اقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذ السيف ما أخذ» فقلت له: هو القتل؟ قال: «هو ذاک»(۲).

والمتتبع فى الروايات يجد أنّ الجلد مطلقاً يراد به الجلد فى حد الزنا.

[۱] أمّا التسويه بين الحر والعبد فى حدّ التفخيذ والوط ء بين الاليتين فقد نفى فى الجواهر الخلاف فيه، ونقل عن نكت الارشاد دعوى الاجماع عليه،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد اللواط، الحديث ۷: ۴۲۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد اللواط، الحديث ۲: ۴۱۶.

منه الفعل وتخلّله الحد مرتين قتل فى الثالثه[١]، وقيل فى الرابعه، وهو أشبه.

الشَرح:

وتمسک بالاجماع المنقول، واطلاق ما دلّ على أنّ الحد مع عدم الايقاب هو الجلد حيث لم يرد فيه التفصيل بين الحر والعبد.

ولا يخفى أنّ دعوى الاجماع على مدعيه واطلاق ما دل على الجلد والضرب لا يمكن الأخذ به لوجهين:

احدهما: انّ اللاطى منزل فى الروايه منزله الزانى وكذا الملوط، ومقتضى التنزيل الناظر إلى صوره عدم الايقاب، كما تقدم أنّ ينتصف الجلد للعبد.

وثانيهما: ما إذا استظهرنا الكبرى الكيه، من أنّ الحدّ إذا كان من حق اللّه ينتصف للعبد، من غير فرق بين جلد الزنا أو غيره، غايه الأمر يرفع اليد عنه إذا قام دليل خاص فى مورد على عدم الانتصاف، كما يأتى فى حدّ شرب الخمر.

ودعوى أنّ مناسبه الحكم والموضوع يقتضى اختصاص التنصيف بالزنا، حيث إنّ العبد لا يتمكن على التزويج إلّا برضا مولاه، وانسداد باب التزويج عليه استقلالاً يناسب التخفيف له فى حد الزنا بخلاف اللواط، وما يجرى مجراه من المحرمات التى بابها منسد شرعاً على الكلّ بلا فرق بين المولى وعبده، لا يمكن المساعده عليها، لما تقدّم من أنّ العبد إذا كان محصناً لا يقتل، فالدعوى المزبوره لا تخرج عن التخمين والاستحسان.

وأمّا التسويه بين المسلم والكافر، فالمراد أنّ الكافر إذا ارتكب بمثله يجلد مائه، وأمّا إذا كان الفاعل كافراً والمفعول مسلماً يقتل الكافر عند الماتن، لما تقدم فى ذيل كلامه السابق، ولو لاط الذمى بمسلم قتل وإن لم يوقب، وأمّا عدم الفرق بين المحصن وغيره فقد تقدم الكلام عند التكلم فى الروايات فلا نعيد.

[١] القتل فى الثالثه للعموم فى صحيحه يونس، عن أبى الحسن الماضى عليه السلام

....

الشَرح:

قال: «إنّ اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين قتلوا فی الثالثه»(۱).

بناءً علی أنّ فرض غیر الثقب ایضاً یدخل فی الکبائر، کما هو ظاهر معتبره السکونی وروایه حذیفه، حیث طبّق فیهما اللوط المرتکز کونه من الکبائر، وأشدّ من الزنا علی غیر الثقب .

وأمّا القتل فی الرابعه، فلما ورد من أنّ الملوط حدّه حد الزانی وحد اللوطی مثل حد الزانی، وحیث إنّ الزانی غیر المحصن یقتل فی الرابعه کما تقدم فی مسائل حد الزنا، فیکون الأمر فی التفخیذ والوط ء بین الالیتین کذلک، ولکن قد عرفت ما فی هذا الاستدلال، فالاظهر القتل فی الثالثه، أخذاً بالعموم فی صحیحه یونس.

لا ـ یقال: قد ورد فی صحیحه أبی خدیجه، قال: «لا ینبغی لامراتین تنامان فی لحاف واحد إلّا وبینهما حاجز، فان فعلتا نهیتا عن ذلک، فان وجدهما بعد النهی فی لحاف واحد جلدتا کلّ واحده منهما حدّاً حدا، فان وجدتا الثالثه فی لحاف حدّتا فان وجدتا فی الرابعه قتلتا»(۲)، وتقدم عدم الفرق فی ذلک بین المرأتین والرجلین، فیکون القتل فی المره الرابعه.

فانّه یقال: الروایه علی نقل الشیخ مضمره، مع أنّ ظاهرها الاکتفاء بالنهی فی المره الاولی، وهذا یناسب جهلهما بالحرمه، فیکون قتلهما فی الرابعه من القتل فی الثالثه بعد الحدّ مرتین، اضعف الی ذلک أنّها علی روایه الکافی المرویه عن أبی عبداللّه علیه السلام هکذا: «فان وجدتا الثالثه قتلتا».

۱- (۱) الوسائل: ۱۸ ،الباب ۵ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۱۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸ ،الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث۲۵: ۳۶۸.

تعزير المجتمعين تحت لحاف واحد مجردين

والمجتمعان تحت إزار واحد مجرّدين ليس بينهما رحم يعزران من ثلاثين سوطاً إلى تسعه وتسعين سوطاً[۱]،

الشَرح:

[۱] هـذا مذكور فی كلام اكثر المتأخرين من اصحابنا، واضيف الی اعتبار عدم كون أحدهما ذا رحم مع الآخر عدم الضروره، وذهب الی ذلك الشيخ وابن ادريس، ولم يـذكر فی كلام جماعه اعتبار عدم كونهما ذا رحم، وكأنّ هذا حكم علی المجتمعين تحت لحاف أو ثوب واحد مجرّدين من غير ضروره وحاجب بينهما، من غير فرق فی كونهما ذا رحم أم لا.

والمحكی عن المفيـد قدس سره أنّهما يعزّران من عشره الی تسعه وتسعين، بحسب ما يراه الحاكم من حالهما وبحسب التهمه والظن بهما.

ويستدل علی الأول بروايه سليمان بن هلال، قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبداللّه عليه السلام فقال: جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل فی لحاف واحد، فقال: «ذوا رحم»، فقال: لا، قال: «من ضروره»، قال: لا، قال: «يضربان ثلاثين سوطاً»(۱).

وفی معتبره ابن سنان، عن أبی عبـداللّه عليه السلام فی رجلين يوجـدان فی لحـاف واحـد، قال: «يجلـدان غير سوط واحـد»(۲)، بـدعوی أنّ مـا فی الروايتين بيان لأقلّ التعزير واكثره وما بينهما موكول الی نظر الحاكم، ويقال: انّ ضعف الروايتين سنداً منجبر بعمل المشهور.

أقول: الروايه الثانيه صحيحه، فـانّ الشيخ رواهـا باسناده عن يونس بن عبـدالرحمن، عن عبـداللّه بن سنان، وطريقه الی يونس صحيح، لأن ابن الجنيد من مشايخ النجاشی، وقد تكرر منّا أنّ ظاهر كلام النجاشی توثيق مشايخه، وفی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۲۱: ۳۶۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۸: ۳۶۷.

....

الشَرح:

صحيحه معاويه بن عمار، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : المرأتان تنامان فى ثوب واحد، فقال: «تضربان»، فقلت: حدّاً؟ قال: «لا» قلت: الرجلان ينامان فى ثوب واحد، قال: «يضربان»، قال: قلت: الحد، قال «لا»(۱).

وفى عده من الروايات أنّ الرجلان أو المرأتان إذا وجدا فى ثوب واحد أو لحاف واحد يضربان الحد، كصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «حدّ الجلد أن يوجدا فى لحاف واحد والرجلان يجلدان إذا وجدا فى لحاف واحد الحدّ»(۲).

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «حدّ الجلد فى الزنا أن يوجدا فى لحاف واحد وفى الرجلان يوجدان فى لحاف واحد»(۳).

ومصححه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «كان على عليه السلام إذا وجد الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحدّ الحديث»(۴).

ومصححه أبى عبيده، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على إذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجرّدين جلدهما حدّ الزانى مائه جلده كل واحد منهما»(۵)، الى غير ذلك.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۶: ۳۶۶.
۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۳۶۳.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۴: ۳۶۴.
۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۶: ۳۶۴.
۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱۵: ۳۶۶.

....

الشَرح:

وقد تقدم أنّ هذه الروايات المثبته لحدّ الجلد مع السابقه عيها النافيه للحدّ وان كانتا متعارضين إلّا أن يجمع بينهما بأنّ على المجتمعين تحت ثوب واحد حدّ الجلد، أى مائه جلده إلّا جلده، بقرينه معتبره عبداللّه بن سنان، وشهاده مصححه عبدالرحمن بن الحجاج الحاكيه لدخول عبّاد البصرى مع اُناس من أصحابه على أبى عبداللّه عليه السلام حيث يظهر منها أنّ ذكر الحدّ بلا استثناء سوط لرعايه التقيه.

قال: كنت عند أبى عبداللّه عليه السلام فدخل عليه عبّاد البصرى ومعه اناس من أصحابه، فقال له: حدثنى عن الرجلين اذا أخذا فى لحاف واحد، فقال له: «كان على عليه السلام إذا اخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد»، فقال له عباد: انک قلت لى غير سوط، فاعاد عليه ذكر الحديث، حتّى اعاد ذلک مراراً، فقال: «غير سوط»، فكتب القوم الحضور عند ذلک الحديث(1).

وأمّا روايه سليمان بن هلال مع ضعف سندها وعدم ثبوت ما يوجب انجبار ضعفها، لا يمكن الاعتماد عليها.

مع أنّ ما تقدّم من حملها على بيان أقلّ التعزير، وحمل معتبره عبداللّه بن سنان على اكثر التعزير، لا يعدّ من الجمع العرفى، لظهور كلّ منهما أنّ العقوبه على المجتمعين ما ورد فيعد الجمع بتخيير الحاكم بينهما من التخيير بين الأقل والاكثر كما لا يخفى .

ثم انّ التقييد بعدم الرحم بين الرجلين غير وارد فى الروايات مع كثرتها،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 363.

حد المجتمعين تحت لحاف واحد فی المره الثالثه

ولو تکرّر ذلک منهما وتخلّله التعزیر حدا فی الثالثه[۱].

الشَرح:

والوارد فی روایه سلیمان بن هلال کون المجتمعین ذوا محرم، والنسبه بین الرحم وکونهما ذوا محرم العموم من وجه.

واعتبار کونهما مجرّدین فهو ظاهر کونهما فی ثوب واحد، وفی مصححه أبی عبیده: «کان علی علیه السلام إذا وجد رجلین فی لحاف واحد مجردین جلدهما حدّ الزانی مائه جلده کل واحد منهما، وکذلک المرأتان إذا وجدتا فی لحاف واحد مجردتین جلدهما کل واحده منهما مائه جلده»(۱).

ولم یعتبر فی المسالک اعتبار تجردهما وکذا عدم الرحم بینهما، واکتفی بالتقیید بکون اجتماعهما فی لحاف واحد علی النحو الحرام، ولعدم اعتبار الثانی وجه لما تقدم، وأمّا مع کونهما کاسیین فلا یجری علیه ما ذکر من الحدّ یعنی المائه إلّا سوطاً بل یجری التعزیر المنوط بنظر الحاکم کما إذا اجتمع الرجل والمرأه الاجنبیان تحت لحاف واحد کاسیین، وأمّا نوم الرجلین کاسیین تحت لحاف واحد کما علیه سیره الفقراء فی السفر ونحوه، فلا دلیل علی حرمته لیجری علیه التعزیر فضلاً عن الحد بمائه إلّا سوطاً، وکذا الحال فی المرأتین الکاسیین .

[۱] قد ذکر ذلک جماعه وانّهما یجلدان فی المرأه الثالثه مائه جلده، بل عن ابن حمزه فان وجدا بعد ذلک ای فی المره الرابعه قتلا.

ویستدل علی ذلک بفحوی صحیحه ابی خدیجه، قال: «لا ینبغی لامرأتین تنامان فی لحاف واحد إلّا وبینهما حاجز، فان فعلتا نهیتا عن ذلک، فان وجدهما بعد النهی فی لحاف واحد جلدتا کل واحده منهما حدّاً حدّاً، فان وجدتا الثالثه فی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۱۵: ۳۶۹.

تعزیر من قبل غلاماً بشهوه

وکذا یعزر من قبل غلاماً لیس له بمحرم بشهوه[۱].

الشَرح:

لحاف حدّتا، فان وجدهما الرابعه قتلتا»(۱).

لکن قد تقدم أنّ ظاهرها عدم الحد والتعزیر فی المره الاولی، فیکون مقتضاها القتل فی الثالثه، ولو کان المراد من الحدّ فیها التسعه والتسعین سوطاً فیستوی المره الثانیه والثالثه فیه، وان کان المراد مائه جلده تماماً، فکذلک فالتفکیک بینهما بعدم الحدّ التام فی الثانیه وثبوت الحدّ التام فی الثلالثه بلا موجب.

ثم إنّ مقتضی المصححه أنّه إذا اجری علی المرأتین المجتمعین الجلد بمائه إلاّ ـ سوطاً أو بالمائه، تقتلان فی الثالثه، ولا یبعد جریانه فی الرجلین المجتمعین، نعم جریانه علی الرجل والمرأه المجتمعین فی لحاف واحد مع کونهما اجنبیین مشکل، لما تقدم من أنّ القتل فی الزنا فی المره الرابعه، فلا یکون اجتماعهما مجردتین تحت لحاف واحد أشدّ من الزنا.

[۱] یحرم تقبیل الغلام بشهوه وأنّه یتبعه التعزیر کما فی سائر المحرمات، وفی موثقه طلحه بن زید، عن أبی عبداللّه علیه السلام «من قبّل غلاماً من شهوه ألجمه اللّه یوم القیامه لجاماً من نار»(۲).

وفی معتبره اسحاق بن عمار قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : محرم قبّل غلاماً من شهوه، قال: «یضرب مائه سوط»(۳).

والتعبیر بالمعتبره لأنّه لا یبعد کون یحیی بن المبارک من المعاریف الذین لم

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد الزنا، الحدیث ۲۵: ۳۷۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۱ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۱: ۲۷۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد اللواط،الحدیث ۱: ۴۲۲.

عدم سقوط الحد بالتوبه قبل قيام البينه على اللواط

وإذا تاب اللائط قبل قيام البينه سقط الحدّ، ولو تاب بعده لم يسقط[۱]، ولو كان مقراً كان الامام مخيراً فى العفو أو الاستيفاء.

الشَرح:

يرد فيهم قدح، ولكن لا يخلو عن التأمّل، كما لا يخلو متنها عن الاجمال.

وفصل بعض بين تقبيل غيره التعزير، وظاهر الماتن قدس سره اعتبار عدم كون الغلام محرماً وكذا فى كلام جماعه ولم يعلم له وجه، فانّه لا فرق فى حرمه التقبيل بشهوه بين المحرم وغيره، مع أنّ المحرميه لا معنى صحيح لها بين الذكرين أو الانثيين.

نعم، كثيراً ماكان يكون تقبيل الغلام فى موارد القرابه، خصوصاً القربه الموجبه للمحرميه بين الذكر والانثى، ظاهراً فى كونه عن شهوه، بخلاف تقبيل الغلام الاجنبى، ولكن هذا لا يوجب التفرقه فى الحرمه والتعزير إذا احرز كونه عن شهوه، وكذا لا فرق فى الحرمه والتعزير بين تقبيل الغلام البالغ وغيره.

[۱] قد تقدم سابقاً أنّ توبه السارق والمحارب قبل أنّ يظهر بهما توجب سقوط الحدّ، ويدلّ على السقوط فى المحارب الكتاب المجيد قبل الاخبار والروايات، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إن السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى اللّه عزّ وجلّ ترد سرقته إلى صاحبها ولا قطع عليه»(۱).

وأمّا فى غيرهما فلا دليل على سقوط الحدّ بالتوبه قبل قيام البينه أو بعدها، ومقتضى الاطلاق فيما دل على حدّ الارتكاب تعلقه به وعدم جواز تعطيله على ما مر.

نعم، ليس على المرتكب تقديم نفسه للحدّ بالاقرار عند الحاكم، لما تقدم من أنّه لو تاب عن ارتكابه واستغفر ربّه كان هذا خيراً له.

بل لو تاب بعد قيام البينه بفاحشه وفرّ من الحدّ لم يكن عليه وزر وان

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۴۲۶.

تعريف السحق

وأمّا السحق[١].

الشَرح:

لا يسقط عنه الحدّ، فعلى الحاكم اجراؤه عليه إذا ثبت الارتكاب باعتراف المرتكب، فللإمام اجراء الحدّ أو العفو على ما يراه من الصلاح، وهذا أمر آخر، يشهد له فى خصوص المقام صحيحه مالك بن عطيه، عن أبى عبداللّه عليه السلام الوارده فيها قضيه اعتراف عند على عليه السلام أربع مرات.

[١] السحق وط ء المرأه مثلها، وقد عبّر فى الروايات: اللواتى مع اللواتى، أو باللواتى ، ولا خلاف فى كون المساحقه فاحشه.

وفى صحيحه جميل المرويه فى تفسير القمى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، دخلت امرأه مع مولاتها على أبى عبداللّه عليه السلام فقالت: ما تقول فى اللواتى مع اللواتى، فقال: «هنّ فى النار إذا كان يوم القيامه أتى بهنّ فالبسن جلباباً من نار وخفّين من نار وقنا من نار، وادخل فى اجوافهن وفروجهن اعمده من النار، وقذف بهنّ فى النار»، قالت: هذا فى كتاب اللّه، قال: «بلى» قالت أين؟، قال: قوله «وَعاداً وَثَمودا وَاَصحابَ الرَّس»(١)، الى غير ذلك.

والمشهور أنّ الحدّ فى السحق مائه جلده، بلا فرق بين المسلمه والكافره والحرّه والأمه والمحصنه وغير المحصنه، للفاعله والمفعوله، للاطلاق فى صحيحه ابن عمير، عن محمّد بن أبى حمزه، وهشام وحفص، كلّهم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، أنّه دخل عليه نسوه فسألته امرأه منهنّ عن السحق، فقال: «حدّها حدّ الزانى»، فقالت المرأه: ما ذكر اللّه ذلك فى القرآن؟ فقال: «بلى»، قالت: وأين هنّ؟ قال: «من أصحاب الرس»(٢).

١- (١) الفرقان :٣٨.

٢- (٢) الوسائل: ١۴، الباب ٢۴ من أبواب النكاح المحرم، الحديث ٨: ٢۶٢.

حد السحق مئه جلده

والحدّ فی السحق مأه جلده، حرّه کانت أم أمه، مسلمه أو کافره، محصنه کانت أو غیر محصنه، للفاعله والمفعوله، وقال فی النهایه: ترجم مع الاحصان وتحدّ مع عدمه، والأول اولی[۱].

الشَرح:

وفی موثقه زراره أو موثقته عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «السحاقه تجلد»(۱).

ومقتضاهما عدم الفرق فی الحدّ المزبور بین الحره والأمه والمسلمه والکافره والعاعله والمفعوله، ولکن مقتضی کون حد المساحقه حدّ الزانی هو التنصیف فی الأمه، اضف الی ذلک ما تقدم من أنّ ما کان من حدود اللّه ینتصف للعبد والأمه.

نعم فی مرسله عن أمیر المؤمنین علیه السلام : «السحق فی النساء کاللواط فی الرجال، ولکن فیه جلد»(۲)، وقیل: مقتضاها عدم الفرق بین الأمه والحره والمحصنه وغیر المحصنه، کما هو الحال فی حد اللواط، وفیه أنّ المرسله لضعفها سنداً ومعارضتها بما تقدم لا یمکن الاعتماد علیها، وما فی عباره الماتن قدس سره من عدم الفرق بین المحصنه وغیرها ینافی کون حدها حد الزانی.

وقد تقدم عدم العبد فی التفصیل فی حدّ جلد غیر المحصن بین الحر والأمه، ویمکن الاستدلال علی التنصیف ایضاً باطلاق قوله سبحانه: «فَاذِا اُحْصِنَّ فَاِنْ اَتَیْنَ بِفاحِشَهٍ فَعَلَیْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَی الْمُحْصِناتِ مِنَ العَذابِ»(۳)، وحیث إنّ الفاحشه لا تختص بالزنا، وتعم المساحقه ایضاً.

[۱] والوجه فی الاولویه الأخذ بالاطلاق فی صحیحه زراره المتقدمه عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب السحق، الحدیث ۲: ۴۲۵.

۲- (۲) المستدرک : ۱۸، الباب ۱ من أبواب السحق، الحدیث ۴: ۸۶.

۳- (۳) النساء: ۲۵.

....

الشَرح:

أبی جعفر علیه السلام : «السحاقه تجلد» وما فی المرسله المتقدمه عن أمیر المؤمنین علیه السلام : «السحق فی النساء کاللواط فی الرجال، ولکن فیه جلد مائه لأنّه لیس فیه ایلاج»، فانّ مقتضی التعلیل والاطلاق فی الصدر عدم الفرق فی الجلد بین المحصنه وغیرها.

ولکن عن الشیخ قدس سره فی النهایه والمحکی عن ابن حمزه والقاضی: انّ الحدّ مع الاحصان الرجم، ومال الیه فی المسالک: فانّ التفصیل مقتضی تعیین حدّ السحق فی حدّ الزانی، وقد عنون فی الوسائل بأنّ حد السحق حدّ الزنا مائه جلده مع عدم الاحصان والقتل معه.

ویدلّ علی کون الحدّ مع الاحصان الرجم، صحیحه محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر وأبا عبداللّه علیهم السلام یقولان: «بینهما الحسن بن علی فی مجلس أمیر المؤمنین علیه السلام إذا أقبل قوم فقالوا: یا ابا محمّد أردنا أمیر المؤمنین علیه السلام ، قال: وما حاجتکم، قالوا: أردنا أن نسأله عن مسأله، قال: وما هی تخبرونا بها، قالوا: أمرأه جامعها زوجها، فلمّا قام عنها قامت بحموتها فوقعت علی جاریه بکر فساحقتها فوقعت النطفه فیها فحملت، فما تقول فی هذا، فقال الحسن: معضله وأبو الحسن لها، واقول: فان اصبت فمن اللّه ومن أمیر المؤمنین وإنّ أخطأت فمن نفسی فارجو أن لا أخطیء انشاء اللّه، یعمد الی المرأه فیؤخذ منها مهر الجاریه البکر فی أوّل الولد لا یخرج منها حتّی تشق فتذهب عذرتها، ثم ترجم المرأه لأنّها محصنه»(۱).

ودعوی أنّ مثل ذلک معرض عنها عند المشهور، فانّهم عیّنوا الحدّ فی الجلد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدّ السحق والقیاده، الحدیث ۱: ۴۲۶.

ثبوت القتل فى المره الرابعه من المساحق مع تخلل الحد ثلاثاً

وإذا تكرّرت المساحقه مع إقامه الحدّ ثلاثاً قتلت فى الرابعه[۱].

الشَرح:

بلا فرق بين الاحصان وغيره، يدفعها أنّ الاعراض على تقديره، فلعله للأخذ بالاطلاق المتقدّم وللاحتياط فى الدماء، وما هو المعروف عندهم من دروء الحدّ بالشبهه، ولكن شى ء من ذلك لا يوجب رفع اليد عن الدليل، لأنّ الاحتياط مورده فقد الدليل على الرجم ومع تعيين الحدّ بالدليل لا شبهه، مع أنّ دروء الحدّ بالشبهه معناه عدم اجراء الحدّ مع عدم احراز الموضوع له لا عدم اعتبار الأدله الاجتهاديه فى تعيين الحدّ أو ثبوته.

[۱] الحدّ فى كل من اللواط من غير ايقاب والسحق وإن كان الجلد بمائه، إلّا أن الماتن قدس سره فرّق بينهما بأنّ حدّ اللواط المزبور إذا اقيم على المرتكب مرتين يقتل فى الثالثه بخلاف حد السحق، فانّه إذا اجرى على المرتكب ثلاث مرّات يقتل فى الرابعه، ولعل الوجه فى التفرقه ما ورد فى الصحيح عن ابن أبى عمير، عن محمّد بن أبى حمزه وهشام وحفص، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «السحق حدّها حد الزانى».

وقد تقدم أنّ الزانى إذا جلد ثلاث يقتل فى الرابعه وكذا الحال فى الزانيه، ويجرى ذلك على السحق ايضاً بخلاف اللواط من غير ايقاب، فانّ مقتضى صحيحه يونس بن عبدالرحمن المتقدمه قتل أصحاب الكبائر إذا اقيم عليهم الحد مرتين فى الثالثه.

ولكن يشكل بأنّه قد ورد فى اللواط ايضاً أنّ اللواطى أو الملوط حدّ الزنا، وحملوه على اللواط من غير ثقب، وذكرنا أنّه يؤخذ بمقتضى صحيحه يونس فى اللواط بالمعنى الذى ذكروه، وكذا يؤخذ به فى السحق ايضاً، لأنّ ظاهر صحيحه ابن أبى عمير انّ حدّ السحق فى المقدار كحدّ الزنا لا أنّ السحق كالزنا، فهى مثل ما

عدم سقوط حد المساحق بالتوبه

ويسقط الحدّ بالتوبه قبل البينه ولا يسقط بعدها، ومع الاقرار والتوبه يكون الامام مخيرا[۱].

والاجنبيّتان إذا وجدتا فی ازار مجرتيّن عزرت كل واحده دون الحدّ، وان تكرّر الفعل منهما والتعزير مرتين أقيم عليهما الحدّ فی الثالثه، وإن عادتا قال فی النهايه: قتلتا، والأولی الاقتصار علی التعزير احتياطاً فی التهجم علی الدم [۲].

الشَرح:

ورد: حدّ شرب المسكر أو شاربه حدّ القاذف لا أنّ ما يترتب علی أحدهما يترتب علی الآخر.

اللّهم إلاّ انّ يقال: انّ القتل بعد الجلد ثلاث مرات فی الزنا حدّ، فمقتضی قوله عليه السلام : السحق حدها حد الزانی يقتضی ذلک فی السحق.

[۱] قد تقدم الكلام فی أنّ سقوط الحدّ بالتوبه قبل قيام البينه بحيث لو قامت بعد التوبه علی ارتكابه السابق لا يتعلق به الحد مدلول مرسله جميل، ولارسالها لا يمكن الاعتماد عليها، نعم ذكرنا أنّ المرتكب إذا تاب فلا وزر عليه فی عدم تسليم نفسه علی اقامه الحدّ عليه، ولو كان ذلک بعد قيام البينه.

[۲] ذكرنا سابقاً أنّ اجتماع المرأتين مجردتين كاجتماع رجلين مجردين تحت ثوب واحد يوجب الجلد بتسعه وتسعين سوطاً، وان هذا حدّ، وما ورد فی بعض الروايات المعتبره من نفی الحدّ فيه المراد نفی الحدّ التام يعنی مائه جلده، كما عبر عن ذلک بالجلد بمائه إلاّ سوطاً.

وعليه يكون تكراره مع اجراء الحد بمرتين موجباً للقتل فی المره الثالثه، كما استظهرناه من صحيحه أبی خديجه، وقلنا أنّه مقتضی صحيحه يونس المتقدمه: «ان اصحاب الكبائر إذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فی الثالثه».

ولكن المنسوب الی المشهور، كما هو ظاهر كلام الماتن، أنّ الثابت فی

....

الشَرح:

الاجتماع فی ازار واحد مجردتین التعزیر من ثلاثین الی تسعه وتسعین سوطاً، وعلیه فلا یمکن الأخذ بعد التعزیر بمرتین بصحیحه یونس المتقدمه، حیث انّها لاـ تعمّ اقامه التعزیر بمرتین بل یکون الثابت فی المره الثالثه الحدّ التام، کما ورد ذلک فی صحیحه أبی خدیجه.

نعم قد ورد فیها: القتل فی المره الرابعه، ولکن بما أنّ القتل لا یخلو عن التهجم علی الدم، فالاحوط الاقتصار علی التعزیر ایضاً بمرتین والحدّ التام فی المره السادسه، وإذا جری اقامه الحدّ التام بمرتین تقتل فی السابعه، وفی الجواهر: فی التاسعه أو الثانیه عشر، وکأن مراده قدس سره انّ ارتکاب الکبیره ثلاث مرات یکون فی التاسعه واربع مرات یکون فی الثانیه عشر.

أقول: لا یمکن المساعده علی ما ذکر الماتن بوجه، فانّ الوارد فی صحیحه أبی خدیجه کما ذکرنا هو أنّ علی کل من المرأتین الحدّ فی الثانیه ایضاً، فان قلنا إنّ المراد من الحد فی المره الثالثه هو الحدّ جری ذلک فی المره الثانیه ایضاً، وإنّ قلنا إنّ المراد بالحدّ فی المره الثانیه اللجلد بتسعه وتسعین جری ذلک فی المره الثالثه ایضاً، فالتفکیک بین الثانیه والثالثه بلا وجه، کما أنّ القتل بعدها مع اعتبارها سنداً ودلاله لا یکون من التهجم علی الدماء کما لا یخفی.

وقد تقدم أنّ ظاهرها فرض جهل المرأتین بالحرمه فی المره الاولی، فیکون القتل فی الرابعه قتلًا فی المره الثالثه بعد اقامه الحدّ بمرتین.

نعم، یبقی فی البین، أمر، وهو إنّ الاجتماع فی ازار واحد لاـ یزید فی الحرمه علی الزنا الموجب للجلد وکالزانی، وکذا الزانیه تقتل فی المره الرابعه، فکیف تقتلان المجتمعتان فی المره الثالثه، ویمکن الجواب عن ذلک بأنّ مجرّد الاستبعاد

....

الشَرح:

لا یوجب رفع الید عن ظهور الدلیل.

ثم إنّ ظاهر الکلام الماتن قدس سره أنّ الثابت علی المجتمعین فی ازار واحد مجرّدین تعزیر، وبما أنّه قدس سره عیّن غایته بتسعه وتسعین، فیعلم ما هو المتسالم علیه من أنّ التعزیر یکون دون الحدّ هو عند الماتن دون حدّ الزنا أی مائه جلده وحیث إنّ أکثر الحدّ فی الحر مائه جلده کما فی الزنا، وأقله ثمانین کما فی شرب الخمر والقذف، واکثره فی المملوک خمسون واقله اربعون.

ذهب جماعه إلی أنّ التعزیر لا یبلغ الحد الکامل أی مائه جلده، سواء کان موجب التعزیر ممّا یناسب الزنا ونحوه أو کان مناسباً لشرب الخمر والقذف، وهذا فی تعزیرالحر، وأمّا إذا کان الارتکاب من عبد أو أمه فالتعزیر یکون أقلّ من خمسین، وذهب بعض الی تفصیل آخر، وهو إنّ موجب التعزیر إذا کان مناسباً للزنا ونحوه یکون أقل من المائه، وإذا کان مناسباً لشرب الخمر والقذف یکون أقلّ من ثمانین.

ولکن فی صحیحه حماد بن عثمان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قلت له: کم التعزیر؟ فقال: «دون الحدّ»، قال: قلت: دون ثمانین؟ قال: «لا ولکن دون اربعین فانها حدّ المملوک»، قلت وکم ذاک؟ قال: «علی قدر ما یراه الوالی من ذنب الرجل وقوه بدنه»(۱)، وظاهر، أنّ التعزیر یکون أقلّ من الاربعین، بلا فرق بین ارتکاب الحر أو المملوک، وبلا فرق بین مناسبه ما ارتکبه للزنا ونحوه وعدم مناسبه له.

وفی موثقه اسحاق بن عمار، قال: سألت إبراهیم علیه السلام عن التعزیر کم هو؟

ص :۱۹۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث ۳: ۵۸۳.

عدم ثبوت الكفاله والشفاعه فى الحد

مسألتان:

الاولى: لا كفاله فى حدّ ولا تأخير فيه مع الامكان والامن من توجه ضرر، ولا شفاعه فى اسقاطه[١].

الشَرح:

قال: «بضعه عشر سوطاً ما بين العشره والعشرين»(١).

ولو امكن الجمع بين الموثقه المانعه عن التعزير بأزيد من عشرين، والصحيحه كالصريحه فى جوازه بأزيد منه بالقرينه العامه، وهى أنّ التعزير مع كونه عقوبه يكون الغرض الأدب والممانعه عن تكرار الارتكاب، وبما ورد فى الصحيحه: «على قدر ما يراه الوالى من ذنب الرجل وقوه بدنه»، بحمل الموثقه على صوره احتمال الارتداع بالعشرين وما دون، فهو وإلّا يتعارضان ويتساقطان فى تحديد التعزير بما دون الاربعين أو ما دون العشرين، فيرجع الى اطلاقات التعزير، والثابت من تقييدها عدم كون التعزير بمقدار الحدّ أى المائه، وأمّا اعتبار كونه أقل من الاربعين فهو مدلول الصحيحه المفروض تعارضها مع الموثقه.

ومن الظاهر أنّه لا اعتبار بالمدلول الالتزامى للمتعارضين بعد سقوطهما عن الاعتبار فى مدلولهما المطابقى، وعدم جواز كون الحدّ بأزيد من الاربعين مدلول التزامى كما لا يخفى.

[١] الكفاله بمعنى ضمان مكلّف للحاكم أن يجيء بمرتكب موجب الحدّ لاقامته عليه زمان مطالبته، نظير الضمان للدائن ان يحضر المدين عند مطالبته والكفاله غير ممضاه شرعاً فى الحدّ، سواء كان حدّ الزنا أو غيره.

وقد يستدل على عدم الامضاء بأنّ الكفاله تؤدّى الى التأخير فى اقامه الحد على المرتكب، ولا يجوز التأخير فى اقامته، كما يشهد لذلك معتبره السكونى فى

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب بقيه الحدود، الحديث ١: ٥٨٣.

عدم جواز التأخير فی الحد إلّا فی المریض والحبلی

....

الشَرح:

ثلاثه شهدوا علی رجل بالزنا، فقال علی علیه السلام : «إذا کان فی الحدّ لعل أو عسی فالحدّ معطل»، وذکر فی الوسائل وأنها روایه الصدوق باسناده الی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام ، ولکنها فی الفقیه کما ذکرنا مرسله، والاستدلال بهما علی عدم مشروعیه الکفاله فی موارد جواز التأخیر فی اقامه الحدّ کما فی المریض والحبلی غیر تام.

والاستدلال علی عدم مشروعیتها فی موارد عدم جواز التأخیر فی الحدّ یشبه الأکل من القفاء، حیث إنّ للسکونی معتبره اخری عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «لا کفاله فی حدّ»(۱).

وأمّا عدم الشفاعه للحاکم فی اسقاط الحدّ عن المرتکب أو عدم اجرائه علیه، فهو مقتضی ما دلّ علی وجوب إقامه الحدّ علی الحاکم مع ثبوت الموجب بالبینه، وأنّه لا یجوز له العفو، بل إذا کان ثبوته بالاقرار فالشفاعه ایضاً لا اثر لها، ولو رأی الحاکم الصلاح فی جواز عفوه جاز له العفو لا بعنوان الشفاعه.

وفی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال أمیر المؤمنین علیه السلام : «لا یشفعنّ احدکم فی حدّ إذا بلغ الإمام فانّه لا یملکه واشفع فیما لم یبلغ الإمام إذا رأیت الندم الحدیث»(۲).

والظاهر أنّ الشفاعه فیما لم یبلغ الإمام بأنّ لا یشهدوا عنده ولا یأخذوا المرتکب الیه إذا احرز ندمه عما فعله، واللّه هو العالم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۳۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴: ۳۳۳.

حکم مساحقه الزوجه البکر وحملها بعد المساحقه من ماء الزوج

الثانیه: لو وطأ زوجته فساحقت بکراً فحملت، قال فی النهایه: علی المرأه الرجم[۱] وعلی الصبیه جلد مأه بعد الوضع ویلحق الولد بالرجل ویلزم المرأه المهر.

الشَرح:

[۱] ما ذکر الشیخ قدس سره فی ناحیه یدلّ علیه صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی جعفر وأبی عبداللّه علیهم السلام ، وقد تقدّم نقلها آنفا(۱).

وذکرنا أنّه لا وجه لرفع الید عنها، وانّها مقیده لما دلّ علی أنّ حدّ السحق مائه جلده، حیث یختص الجلد بصوره عدم احصان المرأه، کما هو الحال فی ناحیه الجاریه التی عبر بالصبیه، ولکن من الظاهر أنه قد فرض فی ناحیتها البلوغ کما هو فرض کونها حامله.

والمناقشه فی لحوق الولد بصاحب الماء، بأنّ اللازم فی لحوق الدلد الوط ء الصحیح أو الوط ء شبهه ضعیفه، لأنّه لیس فی النسب حقیقه شرعیه، فالاب فی الانسان صاحب الماء والاُم من حملته ووضعته، غایه الأمر حکم الشارع فی مورد الزنا بانقطاع النسب بالاضافه الی التوارث، ولا یمکن التعدی الی السحق لاحتمال الخصوصیه فی الزنا الموجبه للحکم المزبور.

وأمّا المهر علی المرأه التی ساحقتها فیلتزم به، ولا یجری ما ذکر فی الزانیه من عدم الدیه لعذرتها، لما دل أنّه لا مهر فی الزنا، بل لو کان فی البین اطلاق یشمل السحق یرفع عنه الید، لدلاله الصحیحه علی ثبوته فی السحق مع کون الجاریه بکراً قد حملت به.

وما فی کلام الماتن قدس سره من تعلیل الفرق بأنّ الزانیه قد أذنت فی ازاله بکارتها بخلاف الصبیه التی ساحقتها غیر تام، لما یأتی فی الدیات، من أنّ اذن شخص

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حدّ السحق والقیاده، الحدیث ۱: ۴۲۶.

القياده

تعريف القياده

أمّا الرجم: فعلى ما مضى من التردّد، واشبهه الاقتصار على الجلد، وأمّا جلد الصبيه فموجبه ثابت وهى المساحقه، وأمّا لحوق الولد فلأنّه ماء غير زان وقد انخلق منه الولد فيلحق به، وأمّا المهر فلأنها سبب فى ذهاب العذره وديتها مهر نسائها، وليست كالزانيه فى سقوط ديه العذره، لأنّ الزانيه أذنت فى الافتضاض وليست هذه كذا، وانكر بعض المتأخرين ذلك فظنّ أنّ المساحقه كالزانيه فى سقوط ديه العذره وسقوط النسب.

وأمّا القياده:

فهى الجمع بين الرجال والنساء للزنا، أو بين الرجال والرجال للّواط[١]،

الشَرح:

لآخر فى الجنايه عليه الموجبه للقود أو الديه لا يوجب سقوطهما.

وعلى الجمله، فالاظهر فى المسأله ما ذكره فى النهايه وتبعه غيره، والمناقشه بأنّه لا موجب لاعطاء الديه قبل وقوع الجنايه وذهاب العذره، يدفعها بأنّ المراد استحقاقها المهر على المرأه التى ساحقتها.

[١] القياده هى الجمع بين الرجل والمرأه للزنا أو الجمع بين ذكرين للواط، وقيل: حتّى جمع المرأتين للسحق، وقد يناقش شمولها للجمع بين المرأتين للسحق حيث شمول معناها على ذلك غير محرز، ولكن لا ينبغى التأمّل فى حرمته ايضاً.

والمذكور فى كلام الاصحاب أنّ حدّ القياده خمس وسبعون جلده ثلاثه ارباع حدّ الزنا، وثبوته يكون بشهاده عدلين أو بالاقرار به مرتين مع كون المقر بالغاً عاقلاً حراً غير مكره.

أمّا ثبوته بالاقرار بمرتين وعدم كفايه المره الوحده، فلما ذكروه من أنّ كل اقرار بأربع مرات، فيكون الاقرار بمرتين بمنزله شهاده عدلين يثبت به كلّ موجب

....

الشَرح:

الحدّ إلاّ ـ ما استثنى، وموجبه فى المقام يـدخل فى المستثنى منه، وعن المراسم كلّ ما يثبته الشاهـدان من الحدود فالاقرار فيه مرتان.

ولكن لا يخفى أنّ تنزل كلّ اقرار منزله شهاده واحده فى الزنا واللواط لا يوجب تسريته الى غيرهما من موجبات الحدّ، كما لا يوجب تسريته الى الاقرار فى مقام المرافعه الى الحاكم، بأنّ يكون ثبوت دعوى المدعى باقرار الخصم بمرتين ليتم ما هو لمنزله البينه على دعواه خصوصاً مع ورد أنّ المرتكب إذا أقر عند الحاكم بارتكابه موجب الحدّ ولو مره واحده يقيم عليه الحدّ.

وفى صحيحه الفضيل، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام بحق من حدود اللّه مره واحده حرا أو عبداً أو كانت أو أمه فعلى الإمام ان يقيم عليه الحدّ الحديث»(۱).

وعلى الجمله دعوى أنّ ما دل على نفوذ الاقرار مطلقاً ونفوذه فى الحدود كصحيحه لا ـ يمكن الأخذ به، لا ـ عراض المشهور والتزامهم فى الحدود بالتعدد فى الاقرار لا ـ يمكن المساعده عليها، فانّ من المحتمل جداً أن يكون اعتبارهم الاقرار بالمرتين للاحتياط فى اجراء الحدّ، بملاحظه التنزيل الوارد فى الاقرار بالزنا، وأمّا عدم اعتبار شهاده النساء منفردات أو منضمات لما تقدم فى كتاب الشهادات أنّه لا اعتبار بشهادتهن فى الحدود، وذكرنا أنّ شهادتهن لا تكون طريقاً الى ثبوت الارتكاب، وامّا إذا حصل العلم للحاكم فى مقام من شهادتهن لبعض القرائن يكون الثبوت بعلمه لا بشهادتهنّ.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۴۳.

ثبوت القياده بالإقرار مرتين

ويثبت بالاقرار مرتيّن مع بلوغ المقرّ وكماله وحرّيته واختياره أو شهاده شاهدين[۱]:

ومع ثبوته يجب على القوّاد خمسه وسبعون جلده، قيل: يحلق رأسه ويشهر، ويستوى فيه الحر والعبد والمسلم والكافر.

وهل ينفى باوّل مرّه، قال فى النهايه: نعم، وقال المفيد: ينفى فى الثانيه، والاوّل.

مروى، وأمّا المرأه فتجلد وليس عليها جزّ ولا شهره ولا نفى.

الشَرح:

وقد تقدّم اعتبار البلوغ والعقل وعدم الاكراه فى اعتبار الاقرار فى كل مقام، وأمّا اعتبار كون المقر حراً ولا يسمع اقرار العبد فلكونه اعترافاً على الغير وهو مولاه.

وقد ورد فى صحيحه فضيل نفوذ اقرار العبد ولأمه على ارتكابه موجب الحدّ، ويقال: يرفع اليد عن اطلاقها وحملها على صوره تصديق مولاه، وفى صحيحه الفضيل بن يسار، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا أقرّ المملوك على نفسه بالسرقه لم يقطع وإذا شهد عليه شاهدان قطع»(۱).

حد القياده ثلاثه أرباع حد الزانى

[۱] وقد ذكروا من غير خلاف معروف أو منقول أنّ الحدّ فى القياده ثلاثه ارباع حدّ الزانى ،ويستدلّ على ذلك بروايه عبداللّه بن سنان قال: قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : اخبرنى عن القواد ما حده؟ قال: «لا حدّ على القواد أليس انما يعطى الأخر على ان يقود»، قلت: جعلت فداك انما يجمع بين الذكر والانثى حراماً؟ قال: «ذاك المولف بين الذكر والانثى حراماً»، فقلت: هو ذاك، قال: «يضرب ثلاثه ارباع حدّ الزانى خمسه وسبعون سوطاً وينفى من المصر الذى هو فيه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۵۳۲.

....

الشَرح:

الحديث»(۱).

وهـذه الروايه وان تكون ضـعيفه سـنداً، حيث إنّ الراوی عن محمّـد بن سـليمان يعنی إبراهيم بن هاشم، قرينه علی انّ محمّـد بن سليمان هو الـديلمی وهو ضـعيف، واسـتناد المشـهور اليها وان كان غير بعيد، بقرينه التزامهم بنفی القواد وهو وارد فيها، وان قال بعضهم بكون النفی فی المره الثانيه، ومقتضی اطلاق الروايه هو النفی فی المره الاولی.

ولكن من المحتمـل أن يكـون اسـتنادهم الی الروايه يعنی العمـل بهـا مقتضـی الاحتيـاط، حيث لاـ ينبغی التأمّـل فی تعلق التعزير بالقواد، والوارد فی الروايه أقل من حدّ الزنا، فالتزموا بما فی الروايه لانطباق عنوان التعزير عليه وشـرطه موجود وهو كونه اقلّ من الحدّ، فاجراء الوارد فيها علی القواد جايز حدّاً أو تعزير.

ويؤيد كون ما ذكر من التعزير ما تقدم فی مثل صـحيحه حماد بن عثمان، من أقلّ الحدّ فی الحر هو ثمانون وأمّا النفی فضـلًا عن حلق رأسه وتشـهيره فلا يمكن الالتزام بوجوهما، لضـعف الروايه وظهور وجه اسـتنادهم وعملهم بها، ولا أقلّ من احتمال كون ما ذكر وجهاً لعملهم بها، هذا بالاضافه الی الرجل.

وأمّا المرأه، فلا وجه للالتزام فی حقها بالنفی، فانّ فی اشتراک المرأه مع الرجل فی مقـدار الجلـد، وأمّا النفی فلا وثوق بالالحاق لو لم نقل بالوثوق بعدمه.

ص :۲۰۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد السحق والقياده، الحديث ۱: ۴۲۹.

الباب الثالث: فی حدّ القذف، والنظر فی أمور أربعه

النظر الأول: فی الموجب

تعریف القذف وشده حرمته

الأولی: فی الموجب

وهو الرمی بالزنا أو اللواط، کقوله زنیت أو لطت أو لیط بک، أو أنت زان أو لایط أو منکوح فی دبره، وما یؤدی هذا المعنی صریحاً، مع معرفه القائل بموضوع اللفظ بأی لغه اتفق[۱].

الشَرح:

[۱] من الکبائر القذف، کما ورد فی الروایات الوارده فی تعیین الکبائر، وقد ذکر سبانه وتعالی: «وَالَّذِینَ یَرمُونَ المُحْصنات ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا باربَعَه شُهداءَ فَاجلِدوُهُمْ ثَمانینَ جَلدَهً وَلا تَقْبَلوُا لَهُم شَهادَهً أبَداً اُلئِکَ هُمُ الفاسِقُونَ»(۱).

والقذف، وان کان بمعنی الرمی لغه، إلاّ أنّ المراد به فی المقام هو الرمی بالزنا أو اللواط، وکون الرمی بالثانی قذفاً ایضاً مما لا خلاف فیه.

ویدلّ علیه موثقه عباد بن صهیب، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال سمعته یقول: «کان علی علیه السلام یقول: إذا قال الرجل للرجل یا معفوج یا منکوح فی دبره، فانّ علیه حدّ القاذف»(۲)، وقریب منها غیرها.

وأمّا الرمی بالسحق، فقد یقال بشمول الآیه المبارکه له، حیث إنّ رمی المحصنات یشتمل رمیهنّ بالزنا أو السحق، ولذا یعتبر فی ثبوت السحق کالزنا شهاده الاربعه ویثبت فیه حدّ الزنا علی ما تقدّم.

ویمکن أن یقال بعدم کون الرمی بالسحق قذفاً، حیث ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أن الفریه ثلاث

۱- (۱) النور: ۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب السحق والقیاده، الحدیث ۱: ۴۲۶.

قذف ابن الملاعنه

ولو قال لولـده الـذّى اقرّ به لست ولدى، وجب عليه الحد[۱]، وكـذا لو قـال لغيره لست لابيك، ولو قال: زنت بك امك أو يابن الزانيه، فهو قـذف للأم، وكـذا لو قـال: زنى بك أبوك أو يابن الزانى، فهو قـذف لابيه، ولو قال: يابن الزانيين، فهو قـذف لهماو يثبت به الحد، ولو كان المواجه كافرالان المقذوف ممن يجب له الحد.

الشَرح:

يعنى ثلاث وجوه إذا رمى الرجل الرجل بالزنا، وإذا قال: ان اُمه زانيه، وإذا دعا لغير ابيه، فذلك فيه حدّ ثمانون»(۱).

وظاهرها حصر القـذف الموجب للجلـد بثمانين فى رمى الغير بالزنا أو رمى امه أو رمى أبيه، غايه الأمر يرفع اليد عن اطلاقها فى الرمى باللواط لما تقدم، ويؤخـذ فى غيره بمقتضى الحصر، اللّهم إلاّ انّ يقال: صحيحه عبـداللّه بن سنان فى مقام بيان القـذف الغالب، فلا تمنع عن الأخذ بالاطلاق فى الآيه المباركه.

ثم إنّ الرمى بالزنا أو اللواط وكـذا الرمى بالسحق، بناءً على كونه قـذفاً، لا يتحقق إلاّ بمعرفه القائل بمعنى اللفظ الـذى يتلفظ به، سواء كان المخاطب ايضاً عارفاً بمعناه أو جاهلاً به، لصدق الفريه ورميه بالزنا أو اللواط ولو مع جهل المخاطب بالمعنى.

[۱] أى حـد القـذف لأمه، وكـذا إذا قـال لغيره: لست لابيك يكون قـذفاً لاُم الغير، وفى معتبره السكونى، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام : «من أقر بولـد ثم نفاه جلد الحدّ والزم الولد»(۲)، وإذا كان الاول قـذفاً لاُمّ الولـد الـذى أقرّبه يكون الثانى ايضاً قذفاً لاُم الغير، نظير ما قال لولده أو للغير: زنت بك امك أو يابن الزانيه.

ص: ۲۰۲

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد القذف ، الحديث ۲: ۴۳۲.

۲- (۲) الباب ۲۳، من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۵۷.

قذف الرجل زوجته بزناه بها

ولو قال: ولـدت من الزنا، ففى وجوب الحـدّ لامّه تردد، لاحتمال انفراد الأب بالزانى ولا يثبت الحدّ مع الاحتمال[۱]، وأمّا لو قال: ولدتك امك من الزنا،

الشَرح:

ولكن عنوان القذف ورمى الغير بالزنا يتحقق فى الاولين، فيما إذا قصد التعرض لامه باتهامها أو الحكايه بفاحشتها التى ارتكبتها، وأمّا إذا كان القصد توبيخ الولد أو الغير بسوء أدبه، وانّه لم يتأدب ولده بأدبه أو الغير بأدب والده، وانّه ليس فيه صـفاته، كما هو المتعارف فى مقام توبيخ ولد الغير، فلا ينطبق عليهما عنوان القذف أصلًا.

وعلى الجمله، كون الاولين قـذفاً فيمـا كـان ظاهر كلامه اتهام الاُم رميها بالفاحشه، كما فى قوله: زنت بك أمك أو يابن الزانيه وكون الاُم زانيه، لا يقتضى كون الوط ء من الواطى زنـا، لاحتمـال كونه بنحو الشـبهه، بـل لو صـرح بـابن الزانيه بزان لا يكون الكلام إلاّ قـذفاً للاُم لعـدم تعيين الزانى بها، وهـذا بخلاف ما لو قال: زنى بك أبوك أو يابن الزانى، فانّه قـذف لابيه، ولو قال: يابن الزانيين، فهو قذف لأبيه وأمّه حيث رمى كلًا منهما بالزنا.

وعلى ذلك، فالحـدّ عليه حـدّ القـذف لامه فى الاولين، ولابيه فى الثانيين، وفى الصوره الاخيره عليه حـدّان لقذف امه وابيه، وامّا المتوجه اليه خطابه أى الأبن فلا قـذف بالاضافه اليه لعدم رميه، ولذا لو كان الابن المخاطب كافراً يثبت الحدّ على القاذف لقذفه اباه وأمّه المسلين.

نعم، يتوجه الالتزام بتعزيره لايذاء الابن المخاطب إذا كان للابن حرمه، كما هو الحال فيما لو قال: ولدت من الزنا.

[۱] ذكر الماتن قـدس سـره أنّه لو قال ولـدت من الزنا، ففى ثبوت حـدّ القذف لامه تردّد، لاحتمال كون مراد المتكلم انفراد أبيه بالزنا، ولا يثبت حدّ القذف لشخص

فهو قذف للأم[۱]، وهذا الاحتمال اضعف، ولعل الاشبه عندی التوقف، لتطرق الاحتمال وان ضعف.

الشَرح:

مع احتمال قذفه.

وبتعبير آخر يحتمل أن لا يكون زنا من ناحيه اُمّه بأنّ تكون مكرهه أو مشتبهه، ومع انفراد، واطی اُمّه بالزنا يصدق قول القائل: ولدت من الزنا، وقد يضاف إلی ذلک أنّه يثبت حقّ القذف لأبيه ايضاً، لاحتمال أنّ الزنا كان من اُمّه فقط، بأن كان أبوه مشتبهاً أو مكرهاً، ولو من قبل غير اُمّه، ومع ثبوت الاحتمال لا يثبت حدّ القذف.

وقد يقال: كما عن المسالک: انّه يتعلق علی المتكلم حدّ القذف إذا اجتمع أبوه وامّه علی مطالبه الحدّ، لأنّ المقذوف أحدهما يقيناً، ومع مطالبتهما يحرز مطالبه المستحق، بخلاف ما لم يطالبه إلاّ أحدهما، فانّه لم يحرز قذفه ليستحق المطالبه بالحدّ.

أقول: لا يبعد أن يقال: ظاهر ما ورد فی حدّ الفريه والقذف رمی المعين بالرنا أو غيره من الفاحشه، ومع عدم تعيين شخص فی رميه يخرج عن مدلول خطابات حدّ القذف، ولو لم يكن الخروج محرزاً فلا أقلّ من عدم ظهور تلک الخطابات فی العموم.

نعم، يتعلق بالرامی التعزير لإيدائه الشخصين بجعله كلاًّ منهما فی معرض الاتهام، بل لإيذاء الابن ايضاً كما تقدم، اللّهم إلاّ أن يقال: المتفاهم العرفی من قوله ولدت من الزنا كون الولاده القائمه بين أبيه وامّه المعروفين كانت بزناهما، فيكون قذفاً ايّاهما، ولكنه لا يخلو عن تأمّل بل منع.

[۱] فرق قدس سره بين قول القائل للمخاطب: ولدت من الزنا، وبين قوله: والدتک

ولو قال: يا زوج الزانيه، فالحدّ للزوجه[۱]، وكذا لو قال: يا أبا الزانيه أو يا أخا الزانيه، فالحدّ لمن نسب اليها الزنا دون المواجه.

ولو قال: زنيت بفلانه أو لطت به، فالقذف للمواجه ثابت[۲]، وفى ثبوته للمنسوب اليه تردد، قال فى النهايه والمبسوط: يثبت حدّان لأنّه فعل واحد متى كذب فى احدهما وكذب فى الآخر، ونحن لا نسلّم انّه فعل واحد، لإنّ موجب الحد فى الفاعل غير الموجب للمفعول، وحينئذٍ يمكن أن يكون احدهما مختاراً دون صاحبه.

الشَرح:

اُمك من الزنا، بظهور الثانى فى رميه اُمّه بالزنا واحتمال كون مراده استقلال أبيه بالزنا، بان كانت اُمه مكرهاً عليها أو مشتبهه، أضعف من الاحتمال فى الصوره الاولى، ثم توقف فى كونه قذفاً للاحتمال المزبور وان كان ضعيفاً، وعلى الجمله يعتبر فى القذف أن يكون المقذوف والمرمى بالفاحشه شخصاً معيناً بحسب ظاهر كلامه.

[۱] قد ظاهر ممّا تقدم أنّ حدّ القذف يتعلق بالقاذف ولكنه حقّ للمقذوف المعين، وتعيين من يتوجه اليه كلام القاذف أى مخاطبه لا يلازم تعيين المقذوف، وعليه فلو قال للزوج: يا زوج الزانيه، فالحدّ حق لزوجته، لانها المنسوب اليها فى الرمى بالزنا، وكذا لو قال: يا ابا الزانيه، ويا اخا الزانيه، فالحد يثبت لمن نسب الزنا اليه من بنته أو اخته.

ولكن هذا إذا لم يكن للمخاطب زوجات أو زوجتان، أوبنتان أو أكثر، أو اختان أو أكثر، وإلاّ لما كان يثبت حدّ القذف لواحد لعدم التعيين، نعم يثبت عليه التعطزير لإيذائه كلاً من الاثنين أو اكثر على ما تقدم.

[۲] لا تأمّل فى الكلام المزبور قذفاً للواجه حيث رماه بالزنا أو اللواط،

لو قال لابن الملاعنه، یا ابن الزانیه فعلیه الحد[۱].

الشَرح:

والمحکی عن الشیخ وکذا المفید وجماعه قدس سرهم انّه قذف ایضاً بالاضافه من عینه فی الزنا بهما أو اللواط به، واستدلوا علی ذلک بأنّ الزنا أو اللواط فعل واحد قائم بالاثنین، وإذا کان المخبر کاذباً فی اسناده الی الفاعل یکون کاذباً فی اسناده الفعل الی المفعول به.

واجاب الماتن قدس سره : انّ موجب الحدّ لیس ذات الفعل بل تعنونه بعنوان یوجب الحدّ والفعل بهذا العنوان مضاف الی المواجه، وحصوله بالاضافه الی المواجه لا یلازم حصوله بالاضافه الی من عینه بانها المزنی بها أو الملوط به.

وعلی الجمله، الکذب والافتراء فی الفعل القائم باثنین کالصدق فیه، وإذا قال لامراته: یا زانیه انا زنیت بک، فان أقرّ بزناه اربع مرات یجری علیه حدّ الزنا، مع أنّه لا یتلق الحد بالمرأه بل لها حد القذف.

کما یظهر ذلک من صحیحه محمّد بن مسلم، عن أبی علیه السلام فی رجل قال لامرأته: یا زانیه أنا زنیت بک، قال: «علیه حدّ واحد لقذفه ایاها، واما قوله انا زنیت بک فلا حدّ فیه إلاّ ان یشهد علی نفسه اربع شهادات بالزنا عند الإمام»(۱).

[۱] بلا خلاف معروف أو منقول، لأنّ اللعان تدرء الحدّ، یعنی حد القذف عن زوجها، لا أنها مثبته لزناها، ولذا لو قال الزوج لها: یا زانیه، أو لابنها: یا ابن الزانیه، یثبت لها حدّ القذف.

وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل قذف ملاعنه قال: «علیه الحدّ»(۲)، وفی صحیحه سلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، عن أبیه قال: «یجلد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب حد القذف، الحدیث ۳:۴۴۲.

ولو قال لابن المحدود قبل التوبه لم يجب به الحدّ، وبعد التوبه يثبت الحد[۱].

الشَرح:

قاذف الملاعنه»(۱).

وقد تقدم أنّ درء العذاب عن الزوجه بلهانها عدم بقاء مورد لثبوت رمی زوجها باربعه شهود بعد لعانها، کما لا یخفی.

[۱] یعنی لو قال لابن المحدوده: یا ابن الزانیه، أو للمحدوده: یا زانیه، فان کان القول المزبور قبل توبه المحدوده لم یجب علی القائل حدّ، لسقوط المقذوف عن الاحصان بثبوت فجورها، نعم لو قال ذلک بعد توبتها کان الکلام المزبور قذفاً ایاها مع احصانها، لظهور الکلام المزبور فی فعلیه الوصف فیکون قذفاً.

نعم، لو ذکر فی کلامه مایسقطه عن الظهور فی فعلیه الوصف لم یتعلق علی القائل إلا التعریز لإیذاء الأُم أو الولد بالکلام المزبور، وفی روایه الفضل بن إسماعیل الهاشمی، عن أبیه قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام وأبا الحسن علیه السلام عن امرأه زنت فاتت بولد واقرت عند امام المسلین بأنّها زنت وانّ ولدها ذلک من الزنا فاقیم علیها الحدّ، وانّ ذلک الولد نشأ حتّی صار رجلاً فافتری علیه رجل، هل یجلد من افتری علیه؟فقال: «یجلد ولا یجلد»، فقلت: کیف یجلد ولا یجلد؟ فقال: «من قال له یا ولد الزنا لم یجلد وانّما یعزر وهو دون الحدّ، ومن قال له یابن الزانیه جلد الحدّ تاماً»، فقلت: وکیف صار هکذا؟ فقال: انّه إذا قال له یا ولد الزنا کان قد صدق فیه وعزّر علی تعبیر اُمّه ثانیه، وقد اقیم علیها الحدّ وان قال له یابن الزانیه جلد الحدّ تاماً لفریته علیها بعد اظهارها التوبه واقامه الإمام الحدّ علیها»(۲).

۱- (۱) الباب ۱۸، من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۱.

القذف بالديوث والكشخان وغيرهما

ولو قال لامرأته: زنيت بك، فلها حدّ التردّد المذكور، ولا يثبت فى طرفه حدّ الزنا حتى يقر أربعاً[١].

ولو قال يا ديوث أو يا كشخان، أو يا قرنان، أو غير ذلك من الالفاظ، فان افادت القذف فى عرف القائل لزمه الحد[٢].

وان لم يعرف فائدتها أو كانت مفيده لغير فلا حدّ، ويعزّر ان افادت فائده يكرهها المواجه.

وكلّ تعريض بما يكرهه المواجه ولم يوضع للقـذف لغه ولا عرفاً يثبت به التعزير لا الحدّ، كقوله: أنت ولد حرام، أو حملت بك أمّك فى حيضها، او يقول لزوجته: لم اجدك عذراء، أو يقول: يا فاسق يا شارب الخمر، وهو متظاهر بالستر أو يا خنزير، يا حقير ويا وضيع، ولو كان المقول له مستحقاً للاستخفاف فلا حدّ ولا تعزير، وكذا كلّ ما يوجب اذى، كقوله: يا أجذم أو يا ابرص.

الشَرح:

[١] يستدلّ على الحدّ للمرأه على زوجها وتعلق حدّ الزنا بالزوج مع تكرار اعترافه بزناه اربع مرات، بصحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السـلام فى رجل قال لامرأته: يا زانيه وانا زنيت بك، قال: «عليه حدّ واحد لقذفه اياها، وأمّا قوله انا زنيت بك فلا حدّ فيه إلّا ان يشهد على نفسه اربع شهادات بالزنا عند الإمام»(١).

ولكن لا يخفى ظهورها فى عـدم الحدّ للمرأه فى قوله زنيت بك، وان ثبوته لها لقول الرجل أولاً يا زانيه، وأما القول المزبور فلا اثر له إلّا أن يكرّره أربع مرات ليثبت زناه بتمام الاقرار بأربع مرات.

[٢] قيـل: الـديوث من يعلم زنـا زوجته ولاـ يبـالى، وقيل: من يـدخل الغير على زوجته، والقرنان من يرضـى ان يـدخل على بناته، والكشخان من يدخل الرجال

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ۴۴۶.

....

الشَرح:

على اخواته، وكيف ما كان فان كان القول المزبور عند القائل الرمى بزوجته أو اخته يثبت لهنّ حقّ القذف عليه وإلاّ ـ يثبت التعزير، كما فى كلّ تعريض لم يكن ظاهراً فى القذف، ولكن يكون ايذاءاً أو تحقيراً أو هتكاً للمواجه أو غيره.

وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل سب رجلًا بغير قذف يعرض به هل يجلد؟ قال: «لا، عليه تعزير»(١).

وفى موثقه يونس بن يعقوب، عن أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام : قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الهجاء بالتعزير»(٢).

وفى موثقه اسحاق بن عمار، عن جعفر عن على عليه السلام : «كان يعزّر فى الهجاء ولا يجلد الحد إلاّ فى الفريه المصرحه، أن يقول يا زان أو يابن الزانيه أو لست لابيک»(٣).

ولكن كلّ ذلک إذا لم يكن المقول فيه مستحقاً، وإلاّ فلا يثبت الحد ولاالتعزير، كما إذا كان مبدعاً أو متظاهراً بالفسق، نعم يعتبر فى الثانى أن لا يدخل فى عنوان الكذب، لما ورد فى المعلن نفسقه أنّه لا حرمه له(٤)، وفى الاول يعنى المبدع يجوز البهتان فضلًا عن التحقير والاهانه.

وفى صحيحه داود بن سرخان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : إذا رأيتهم أهل الريب والبدع من بعدى فاظهروا البرائه منهم وكثروا من سبهم والقول

ص :٢٠٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ۴۵٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب حد القذف، الحديث ۵: ۴۵٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب حد القذف، الحديث ۶: ۴۵٣.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ١۵۴ من أبواب الشره، الحديث ۵: ۶٠۵.

شرائط القاذف

عدم الحد على قذف الصبى وثبوت التعزير عليه

والثانى فى القاذف.

ويعتبر فيه البلوغ[١] وكمال العقل، فلو قذف الصبى لم يحدّ وعزّر وان قذف مسلماً بالغاً حرّاً، وكذا المجنون.

الشَرح:

فيهم والوقيعه، وباهتوهم لكيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، ويحذرهم الناس ولا يتعلّون من بدعهم يكتب لكم بذلك الحسنات»(١).

ويستفاد من صحيحه أبى يعفور(٢)الوارده فى طريق العداله، أنّ مع عدم حسن الظاهر لشخص عند قوم يعيش بينهم يجوز اظهار سوئه واعتيابه.

[١] لما دلّ على رفع القلم عن الصبى وأنّه لا يؤخذ بالحدود، وهذا يجرى على المجنون ايضاً، وفى صحيحه فضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعنى لو أنّ مجنوناً قذف رجلًا لم ار عليه شيئاً ولو قذفه رجل فقال: يا زان، لم يكن عليه حدّ»(٣)، فانّ الكبرى فى الصدر يعم الصبى ايضاً، والتفسير لا يوجب التقييد، حيث أنّه مثال لما لا يتعلق به الحدّ.

وفى معتبره أبى مريم الانصارى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد؟ قال: «لا وذلك لو أنّ رجلًا قذف الغلام لم يجلد»(۴).

هذا بالاضافه الى الحدّ، وأمّا تعزيره ليتادّب ويمنع عن التعود بالفريه، فيشهد له ما ورد فى تعزيره لسرقته أو شربه المسكر وغيرهما.

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهى، الحديث ١: ٥٠٨.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ۴١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٨.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من مقدمات الحدود، الحديث ١: ٣٣٢.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ۵ من أبواب حد القذف ، الحديث ١: ۴٣٩.

عدم تنصيف حد القذف فى العبد

وهل يشترط فى وجوب الحدّ الكامل الحرّيه[١]، قيل: نعم، وقيل: لا يشترط، فعلى الأوّل يثبت نصف الحدّ، وعلى الثانى يثبت الحدّ كاملاً، وهو ثمانون.

الشَرح:

[١] المحكى عن الصدوق قدس سره اشتراط الحريه فى تعلق الحد بالثمانين بالقاذف، وكذا عن الشيخ قدس سره فى النهايه والمبسوط، يستدلّ على ذلك بالاطلاق فى قوله سبحانه«وَاِنْ اَتَيْنَ بِفاحِشَهٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصِناتِ مِنَ العَذابِ»(١)، بناءً على شمول الفاحشه فى الآيه القذف ايضاً، ولا يخلو عن تأمّل بملاحظه ما على المحصنات، ومعتبره القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن العبد إذا افترى على الحرّكم يجلد، قال: «اربعين»، وقال: «إذا أتى بفاحشه فعليه نصف العذاب»(٢).

ولكن فى مقابل ما ذكر روايات تدل على عدم الفرق بين العبد والحر فى كون حدّ القذف ثمانين جلده، وفى موثقه سماعه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الرجل إذا قذف المحصنه يجلد ثمانين حرّاً كان أو مملوكاً»(٣).

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قذف العبد الحرّ جلد ثمانين، وقال: هذا من حقوق الناس»(۴).

وموثقه اخرى لسماعه قال: سألته عن المملوك يفترى على الحر، قال: «يجلد ثمانين»، وقلت فانه زنى، قال: «يجلد خمسين»(۵).

١- (١) النساء: ٢۵.

٢- (٢) الوسائل: ١٨: الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ١۵: ۴٣۴.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ۴٣٣.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۴: ۴٣٣.

۵- (۵) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۵: ۴٣٣.

....

الشَرح:

ومصححه أبی الصباح الکنانی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن عبد افتری علی حرّ، قال: «یجلد ثمانین» (۱)، الی ذلک.

والاظهر هو الحکم بأنّ الحدّ علی القاذف ولو کان مملوکاً ثمانون، فانّ الروایات الوارده فی قذف العبد أو عدم الفرق بین قذفه وقذف الحر لکثرتها، وصحه التسویه مدلول السنه لا یکون معارضها معتبراً.

ومع الغض عن ذلک وفرض التعارض فالروایات الکثیره الداله علی التسویه موافقه للکتاب المجید الدال علی أنّ حدّ الفریه ثمانون، حیث أنّ مقتضی اطلاقها عدم الفرق بین الرامی للغیر بالزنا حراً أو عبداً.

ودعوی أنّ معتبره قاسم بن سلیمان ایضاً موافقه لاطلاق قوله سبحانه «فَإِن اتَینَ بفاحشه فعلیهن نصف ما علی المحصنات»(۲)، وهذه الآیه حاکمه علی ادله الحدود، ومنها الآیه الداله علی حد القذف والافتراء، لا یمکن المساعده علیها، فانّ الفاحشه وان تعم السحق کما تقدم سابقاً، ولکنها لا تعم القذف بقرینه المحصنات، وقد ذکر قبل الآیه «وَالّلاتی یَأتینَ الفاحِشَهَ مِنْ نِسائکُمْ فَاستَشْهِدوُا عَلَیْهِنَّ اَربَعَهً مِنْکُمْ»(۳)، والاستشهاد بالاربعه ایضاً قرینه علی عدم عمومها للقذف، اضف الی ذلک أنّ الفرق بین العبد والحر فی القذف منسوب الی العامه.

وأمّا ما فی صحیحه محمّد، عن أبی جعفر علیه السلام فی العبد یفتری علی الحر، قال: «یجلد حدّاً إلاّ سوطاً أو سوطین» (۴)، وقریب منها روایه عبید بن زراره(۵)،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۷: ۴۳۵.

۲- (۲) النساء: ۲۵.

۳- (۳) النساء: ۱۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱۹: ۴۳۸.

۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۲: ۴۳۴.

شرائط المقذوف

ولو ادّعى المقـذوف الحريه وانكر القاذف، فان ثبت احـدهما عمل عليه وان جهل ففيه تردّد، اظهره[١] أن القول القاذف لتطرق الاحتمال.

والثالث: في المقذوف.

ويشترط فيه الاحصان، وهو هنا عباره عن البلوغ وكمال العقل والحريه والإسـلام والعفه، فمن اسـتكملها وجب بقـذفه الحدّ، ومن فقدها أو بعضها فلا حدّ[١].

الشَرح:

وما في موثقه ثالثه لسـماعه، قال: سألته عن المملوك يفترى على الحر، قال: «عليه خمسون جلده» (١)، فلا يمكن الاعتماد بشيء منها لمعارضتها لكلتا الطائفتين المتقدمين وعدم عامل بهما ومخالفتها للكتاب المجيد على ما تقدم.

[١] ولكن الاظهر أنه حدّ القذف على المملوك نصف ما على القاذف الحر.

والوجه في ذلـك ان مقتضـى الاطلاـق والعموم في مثل قوله سـبحانه: «الـذين يرمون المحصـنات»، أن قـذف المحصـنه من كل شخص مع عـدم ثبوت ارتكابهـا الفـاحشه يوجب الجلـد بثمـانين جلـده وقـد خرج عن الاطلاـق أو العموم العبـد، ومع تردد أمر القاذف بين كونه عبـداً أم لا فالاصل عـدم كونه عبداً، ولا يعارض باصاله عدم كونه حراً، فان خصوصـيه الحريه غير مأخوذه في الموضوع اضف الى ذلك أن الاصل في كل انسان هو الحريه.

ودعوى أن الحدّ تـدرء بالشـبهه مطلقاً قـد تقـدم سابقاً عدم ثبوت هذا الاطلاق، والثابت في الشـبهه في الارتكاب أو عدم ثبوت الموضوع بوجه معتبر، وعلى الجمله مـا نحن فيه من موارد جريـان حكم العـام والمطلق على الفرد بـاحراز عـدم دخوله في عنوان المخصص والمقيد بالاصل.

[١] يعتبر في المقذوف البلوغ والعقل لما مصححه فضيل بن يسار وفي

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ٢٠: ۴٣۵.

....

الشَرح:

معتبره أبی مریم الانصاری، ففی الاول: لا حدّ لمن لا حدّ علیه، وفی الثانی: لو ان رجلاً قذف الغلام لم یجلد، وفی صحیحه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام «عن الرجل یقذف الجاریه الصغیره قال لا یجلد إلّا ان تکون ادرکت أو قاربت» (۱)، وفی صحیحه الاخری عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی الرجل یقذف الصبیه یجلد قال لا حتّی تبلغ»(۲) ولعل المراد من قاربت، وفی نسخه قارنت، بلوغها سناً وان ام تحصن.

واما ما فی مرسله یونس عن بعض اصحابه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «کل بالغ من ذکر أم انثی افتری علی صغیر أو کبیر أو ذکر أو انثی أو مسلم أو کافر أو حر أو مملوک فعلیه حدّ الفریه وعلی غیر البالغ حدّ الإدب»(۳) فلابد من حمله علی توجیه القذف الی الصغیر کما إذا خاطب الصغیر بقوله یابن الزانیه، جمعاً بینها وبین معتبره أبی مریم وصحیحه أبی بصیر هذا مع کونها مرسله ولارسالها لا یمکن الاعتماد علیها.

ویعتبر فی المقذوف الحریه فلو قذف عبداً أو أمه فلا یتعلق بالقاذف حدّ القذف بلا خلاف ظاهر عند اصحابنا، ویشهد له موثقه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «من افتری علی مملوک عزر لحرمه الإسلام»(۴)، وفی صحیحه منصور بن حازم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الحر یفتری علی المملوک قال: «یسئل فان

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۳: ۴۴۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۴: ۴۴۰.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۵: ۴۴۰.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱۲: ۴۳۴.

عدم حرمه قذف المتظاهر بالزنا واللواط

وفيه التعزير، كمن قذف صبياً أو كافراً أو متظاهراً بالزنا، سواء كان القاذف مسلماً أو كافراً أو حرّاً أو عبداً[۱].

الشَرح:

كانت أمه حره جلد الحدّ»(۱)، ومقتضى الجمع بينهما حمل الثانيه بما إذا كانت الفريه بمثل قوله يابن الزانيه، فيكون قذفاً لامه الحره.

ويؤيد ذلك روايه عبيد بن زراره قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لو اتيت برجل قذف عبداً مسلماً بالزنا نعلم منه إلّا خيراً لضربته الحد الحر إلّا سوطاً»(۲)، حيث ان الضرب كذلك ينطبق عليه عنوان التعزير.

ويعتبر فى المقذوف الاسلام ايضاً فلا يكون قذف الكافر موجباً لحد القذف بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلك مثل صحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنه نهى عن قذف من ليس على الاسلام إلّا ان يطلع على ذلك منهم وقال أيسر ما يكون ان يكون قد كذب»(۳)، فان ظاهرها أن الموجب لعدم جواز قذفهم لمحذور الكذب ومع الاطلاع والاحراز فلا حرمه، ونحوها صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّه نهى عن قذف من كان على غير الاسلام إلّا أن تكون قد اطلعت على ذلک منه»(۴).

[۱] ثبوت التعزير فيما قذف صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، وقد ورد التعزير فى قذف العبد، كما تقدم فى قذف الكافر مع عدم الاطلاع.

وأمّا قذف المتظاهر بالزنا واللواط فلا يوجب الحد، لتقييد الرمى فى الآيه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۱۱: ۴۳۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۲: ۴۳۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۳۰.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد القذف، الحديث ۶: ۴۵۰.

عدم ثبوت الحد على الأب بقذف ابنه بل يثبت التعزير

ولو قال لمسلم: يابن الزانيه، أو امك زانيه، وكانت امه كافره أو امه، قال فى النهايه: عليه الحد تاماً لحرمه ولدها، والاشبه التعزير[۱].

ولو قذف الأب ولده يحدّ ويعزّر[۲]، وكذا لو قذف زوجته الميته ولا ـ وارث الا ولده، نعم لو كان لها ولد من غيره كان الحدّ تامّاً، ويحدّ الولد لو قذف اباه والأم لو قذفت ولدها، وكذا الاقارب.

الشَرح:

المباركه بالاحصان المقصود منه فى المقام العفاف، وعدم التظاهر بالفاحشه فعلًا أو قولًا، بل الظاهر عدم التعزير فى قذف المتظاهر ايضاً، لعدم احترامه كما تقدم، وإن كان ظاهر كلام الماتن ثبوته فيه ايضاً، نعم لو كان القذف بنحو يدخل فى عنوان الكذب يحرم بعنوان الكذب لا بعنوان القذف.

[۱] قد تقدم أنّه إذا قال لشخص يابن الزانيه فالقذف لامه، وإذا كانت امه مسلمه يكون لها حدّ القذف على القائل المزبور، وأمّا إذا كان الابن مسلماً وأمّه كافره وقال قائل للأبن: يابن الزانيه، فعن الشيخ قدس سره فى النهايه: إنّ القاذف حدّه.

ويستدل على ذلك بروايه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «النصرانيه واليهوديه تكون تحت مسلم فيقذف ابنها، يضرب القاذف لأنّ المسلم قد حصنها»(۱)، وحملها على التعزير لا يناسب التعليل ،لانّ فى قذف الكافر تعزيراً ايضاً لكونه كذباً، والعمده الآخر معلى بن محمّد وقد ذكر أنّه ضعيف، وان لا يخلو التضفيف عن المناقشه.

وعلى الجمله، مقتضى ما دلّ على عدم الحدّ فى قذف غير المسلم عدم ثبوته فى المقام بل الثابت التعزير، واللّه العالم.

[۲] كما عليه المشهور، لصحيحه محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد القذف، الحديث ۶: ۴۵۰.

النظر الرابع: فی الأحکام

حکم قذف شخصٍ جماعه

الرابع: فی الاحکام، وفیه مسائل:

الاولی: إذا قذف جماعه واحد[۱] فلکلّ واحد حدّ، ولو قذفهم بلفظ واحد

الشَرح:

عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: «لو قتله ما قتل به وان قذفه لم یجلد له»، قلت: فان قذف ابوه أمّه؟ قال: «ان قذفها وانتفی من ولدها تلاعنا ولم یلزم ذلک الولد الذی انتفی منه وفرّق بینهما ولم تحلّ له ابداً، قال: وان کان قال لابنه وأمه حیّه یابن الزانیه ولم ینتف من ولدها جلد الحدّ لها ولم یفرق بینهما، قال: وان قال لابنه یابن الزانیه وأمّه میته ولم یکن لها من یأخذ بحقها منه إلاّ ولدها منه فانه لا یقام علیه الحدّ لان حق الحدّ قد صار لولده منها فان کان لها ولد من غیره فهو ولیها یجلد له وان لم یکن لها ولد من غیره وکان لها قرابه یقومون بأخذ الحق جلد لهم» (۱)، وأمّا تعلق الحدّ بالابن بقذفه اباه أو تعلق حدّ القذف بالام بقذفها ابنه وکذا فی قذف سائر الاقارب فیؤخذ فیه بالاطلاق فیما دل علی تعلق الحدّ بالقاذف.

نعم لا یبعد ان یجری علی الجد للاب فان عدم جواز القتل یجری فیه ایضاً دون الجد للام لانصراف الابن عنه کما لا یخفی.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه لو قذف جماعه بغیر کلمه واحده، بأنّ یکون القذف بنحو التفریق، بأن قال: زید زان وبکر زان، سواء کان القذف کذلک مع الفصل بین قذف شخص وقذف الآخر أو بلا فصل، یتعلق بالقاذف لکلّ مقذوف حدّ، سواء جاءوا بالقاذف للحاکم مجتمعین أو متفرقین، وأنّه إذا کان القذف بکلمه واحده، فان جاءوا به مجتمعین ضرب الجمیع حدّاً واحداً، وإن أتوا به متفرقین ضرب حدّاً لکل واحد منهم، بلا فرق بین أن یسمی کلّ واحد منهم فی قذفه أم لا، بأن قال: هؤلاء کلّهم زناه، فالتسمیه إذا کان القذف بکلام واحد لا أثر له، وینسب ذلک

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۷.

. ...

الشَرح:

إلى الشهره.

ویستدلّ علیه بصحیحه جمیل بن دراج عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن رجل افتری علی قوم جماعه، قال: «إن أتوا به مجتمعین ضرب حدّاً واحداً وإن أتوا به متفرقین ضرب لکل منهم حدّاً»(۱)، بناءاً علی ظهور قوله جماعه، کون قذف کل منهم بکلام واحد.

وأوضح منه موثقه الحسن العطار أو صحیحته، قال: قلت: لأبی عبداللّه علیه السلام : رجل قذف قوماً، قال: بکلمه واحده»، قلت: نعم، قال: «یضرب حداً واحداً فان فرّق بینهم فی القذف ضرب لکل واحد منهم حدّاً»(۲).

نعم، یرفع الید عن إطلاق صدرها بتقییده بما إذا جاءوا به مجتمعین، بقرینه ما ورد فی صحیحه جمیل بن دراج المتقدمه.

وموثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل افتری علی نفر جمیعاً فجلده حدّاً واحداً»(۳)، فهذا ایضاً تحمل علی صوره المجیء بالقاذف والمطالبه دفعه واحده.

وممّا ذکر یظهر أنّه إذا کان القذف بکلمه واحده وجاءوا به مجتمعین فلا یفرق بین أنّ یسمی کلّ واحد منهم أو ذکر الکلّ بعنوان واحد، حیث یکون مع التفریق فی المطالبه والمجیء به لکل واحد منهم حدّ القذف علیه، سمّاه بالاسم أو لم یسمّه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد القذف، الحدیث ۲: ۴۴۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد القذف، الحدیث ۴: ۴۴۴.

وجاءوا به مجتمعين فلكلّ حدّ واحد، ولو افترقوا فی المطالبه فلكلّ واحد حدّ، وهل الحكم فی التعزير كذلك، قال جماعه: نعم ولا معنی للاختلاف هنا[۱]، وكذا لو قال: یابن الزانيين، فان الحدّ لهما، ويحدّ حدّاً واحداً مع الاجتماع علی المطالبه وحدّين مع التعاقب.

الشَرح:

نعم، يستظهر الفرق من روايه بريد عن أبی جعفر عليه السلام ، فی الرجل يقذف القوم جميعاً بكلمه واحده، قال: (إذا لم يسمهم فانما عليه حدّ واحد وإن سمی فعليه لكل رجل حدّ»(۱)، ولكن فی سندها ضعيف بأبی الحسن الشامی، ولا مجال لدعوی انجبار ضعفها بالشهره.

وقد ذكرنا أنّ ظاهر كلام الماتن عدم الفرق بين التسميه وعدمها، يدلّ علی ما استظهرنا من كلامه فی آخر كلامه، وكذا لو قال يابن الزانيين يحدّ حدّاً واحداً مع اجتماع الابوين علی المطالبه وحدّين مع التعاقب، ووجه الدلاله أنّه لا أثر لتسميه الابوين وعدمها مع كونه بكلمه واحده.

[۱] إذا سبّ واحد جماعه، قال بعضهم: أنّه كالقذف فی أنّه لو كان بكلام واحد، وأتوا به مجتمعين فعليه تعزير واحد، بخلاف ما أتوا به متفرقين، فانّ لكلّ منهم تعزيراً، وإذا كان السبّ مترتباً مع الفصل أوبدونه فعليه تعزير بكل سب، حيث لا يحتمل أن يكون أمر التعزير أشدّ من أمر الحدّ.

وذكر الماتن قدس سره أنّه لا معنی للاختلاف فی التعزير وأنّه يتعين تعزير واحد أو لكل منهم تعزير عليه، لأنّ التعزير منوط بنظر الحاكم، ولكن لا يخفی أنّ كون التعزير منوطاً بنظر الحاكم لا ينافی لزوم رعايه الشرط الآخر، وهو لزوم كون التعزير ما دون الحدّ، ورعايه هذا الشرط يستلزم أن لا يتكرر التعزير فيما

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد القذف، الحديث ۵: ۴۴۴.

كون حد القذف موروثاً

الثانيه: حدّ القذف موروث [۱]يرثه من يرث المال من الذكور والاناث، عدا الزوج والزوجه.

الشَرح:

لا يتكررالحدّ، لأنّه لو تكرر يزيد على الحدّ، فرعايته يقتضى تعلق تعزير واحد على سب الجميع.

[۱] بلا خلاف معروف أو منقول، ويدل عليه ما فی صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه، من قوله عليه السلام : «وان قال لابنه يابن الزانيه وأمّه ولم يكن لها من يأخذ بحقها منه إلّا ولدها منه فانّه لا يقام عليه الحدّ لأنّ حق الحدّ قد صار لولده منها فان كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له وان لم يكن ولد وكان لها قرابه يقومون بأخذ الحدّ جلد لهم»(۱).

وبعبير آخر، إذا قذف شخص الآخر بعد موته كما إذا قال رجل الآخر: يابن الزانی أو يابن الزانيه، وكان أبوه وأمّه ميتين عند القذف، لم يكن على القائل إلّا التعزير، وأمّا إذا كانا حيّين عند القذف يرث حدّ القذف من يرث المال من الذكور والاناث من ذوی القرابه لا ـ الاسباب كالزوج والزوجه، ولكن ليس ارث الحد كارث المال فی التوزيع للورثه بل هو ولايه كلّ منهم على المطالبه به وان عفا الآخرون.

ويدلّ على ذلك موثقه عمّار الساباطی، عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «إنّ الحدّ لا يورث كما تورث الديه والمال والعقار، ولكن من قام به من الورثه فطلبه فهو وليه ومن لم يطلبه فلا حقّ له، وذلك مثل رجل قذف رجلاً وللمقذوف أخ فان عفا عنه احدهما كان للآخر ان يطلبه بحقه لأنّها أمهما جميعاً

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۴۷.

ثبوت حق حد القذف للمقذوف لا للمواجه

عفو المقذوف عن القاذف

الثالثه: لو قال: ابنک زان أو لائط، أو بنتک زانیه، فالحد لهما لا للواجه[۱]، فان سبقا بالاستیفاء أو العفو فلا بحث، وان سبق الأب قال فی النهایه: له المطالبه والعفو، وفیه اشکال، لأنّ المستحق موجود وله ولایه المطالبه، فلا یتسلّط الأب کما فی غیره من الحقوق.

الشَرح:

والعفو الیهما جمیعاً(۱).

وظاهر الارث القذف حال حیاه امهما، فالمراد من قوله: «وللمقذوف أخ»، أی من توجه الیه خطاب القاذف له اخ، حیث أن المقذوف حقیقه امهما، وما فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «الحدّ لا یورث»(۲)، محمول علی أنّه لا تورث کارث المال أو محمول علی الحدود التی من حقوق اللّه سبحانه، لا مثل حدّ القذف من حقوق الناس.

وفی موثقه عمّار الساباطی ، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل قال لرجل یابن الفاعله یعنی الزنا، فقال: «ان کانت أمّه حیّه شاهده ثم جاءت تطلب حقها ضرب ثمانین جلده، وان کانت غائبه انتظر بها حتّی تقدم ثم تطلب حقها، وان کانت قد ماتت ولم یعلم منها إلاّ خیر ضرب المفتری علیها الحدّ ثمانین جلده»(۳).

حیث إنّ الحدّ علی القاذف الوارد فی ذیلها یحمل علی صوره مطالبه اولیاء الإرث بقرینه ما تقدم، وتخصیص اولیاء الإرث بالقرابه وعدم إرث مثل الزوج والزوجه للتقیید الوارد فی صحیحه محمّد بن مسلم المتقدمه.

[۱] حیث إنّ القذف من حقوق الناس یثبت للمقذوف لا للمواجه کما تقدم،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۳۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۳۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۰.

الرابعه: إذا ورث الحدّ جماعه لم يسقط بعضه بعفو البعض، فللباقين المطالبه بالحدّ تامّاً ولو بقى واحد، وامّا لو عفى الجماعه أو كان المستحق واحداً فعفى سقط الحق، ولمستحق الحدّ ان يعفو قبل ثبوت حقّه وبعده، وليس للحاكم الاعتراض عليه، ولا يقام الّا بعد مطالبه المستحق[١].

الشَرح:

والمقذوف فى الفرعين هو الابن أو البنت لا ـ الأب وان يلحق العار به بقذفهما، ولو كان لحوق العار بشخص موجباً لثبوت حق القذف له لثبت لغير الأب ايضاً لو كان الغير مواجهاً لقذف القاذف، كما إذا قال: يا أخت الزانى أو يا عم الزانيه، ونحو ذلك، وعلى ما ذكرنا فان سبق الأبن بالاستيفاء أو العفو فى الفرعين فهو، وأمّا لو سبق الأب بأحدهما فلا اثر لسبقه.

ولكن المحكى عن الشيخين فى المقنعه والنهايه أنّ له ذلك، ولم يعلم وجه لما ذكراه، لعدم ثبوت حق القذف له على القاذف، ولم يثبت له ولايه على الأبن وابنت بالاضافه الى حقّ القذف الثابت لهما.

نعم ربما قيل بأنّ الأبن الصغير أو البنت الصغيره إذا ورثا حقّ القذف يكون للاب الولايه عليهما فى حق القذف الثابت لهما بالارث، فيكون للأب العفو على تقدير عدم المفسده، ولا يبعد الالتزام بذلك، وهذا غير الفرعين.

ويمكن الاستدلال عليه بما ورد فى صحيحه الفضيل من جواز اقامه الحاكم الحد الذى من حقوق الناس حتّى يطالبه صاحب الحق أو وليه، فانّ الأب ولى الأبن والبنت الصغيرين.

[١] وقد تقدّم أنّ ذلك ظاهر موثقه عمار الساباطى، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «أنّ الحدّ لا يورث كما تورث الديه والمال والعقار، ولكن من قام به من الورثه فطلبه فهو وليه ومن يطلبه فلا حق له».

....

الشَرح:

اضف الی ذلک ما ورد فی صحیحه ضریس الکناسی، من جواز العفو فی الحدّ الذی من حقوق الناس عن ولی الحق، قال فیها أبو جعفر علیه السلام : «لا یعفی عن الحدود التی للّه دون الإمام، فامّا ما کان من حقوق الناس فی حدّ فلا بأس بأن یعفا عنه دون الإمام»(۱).

فانّ ملاحظه الروایتین بانضمام مدلول احداهما إلی الآخری یقتضی الالتزام بجواز استیفاء حدّ القذف من بعض المستحق ولو مع عفو الباقین، وأنّه إذا عفی الجمیع أو کان المستحق واحداً نفذ العفو، ولیس للحاکم الاعتراض علی عفوه أو عفوهم.

وقد تقدّم أنّ مقتضی ما ورد فی صحیحه الفضیل (۲) أنّه لا یجوز للحاکم إقامه الحد الذی من حقوق الناس حتّی یطالبه صاحب الحق أو ولیه، وعلی الجمله مقتضی کون القذف من حقوق الناس أنّ له ترکه وعدم المطالبه، سواء کان ذلک قبل ثبوت موجبه أو بعده.

ولکن المحکی عن الصدوق قدس سره إستثناء قذف الزوج زوجته فانّه لا یکون لها العفو، وعن الشیخ فی کتابی الأخبار ویحیی بن سعید عدم نفوذ العفو بعد ثبوته والمرافعه.

ویستدلّ علی ذلک بصحیحه محمّد بن مسلم، قال: سألته عن الرجل یقذف إمرأته، قال: «یجلد»، قلت: أرأیت ان عفت عنه، قال: «لا ولا کرامه»(۳).

ص :۲۲۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۳۰

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۴۳

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب حد القذف، الحدیث ۴: ۴۵۵

....

الشَرح:

ورواها الصدوق باسناده عن العلاء بن رزين، وكأنّه استظهر منها عدم نفوذ الزوجه عن قذف زوجها، بلا فرق قبل ثبوت القذف أو بعده، ولكن الشيخ قدس سره حملها على العفو بعد الثبوت أو رفع الزوج للمرافعه الى الحاكم .

والقرينه على هذا الحمل لعلّها موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذلك له، فإذا رفع الى الإمام قطعه، فان قال الذى سرق له أنا أهبه له لم يدعه الى الإمام حتّى يقطعه إذا رفعه اليه وانما الهبه قبل أن يرفع الى الإمام، وذلك قول اللّه عزّ وجلّ «وَالحافِظُونَ لِحُدُود اللّه »(۱) فإذا انتهى الحدّ الى الإمام لأحد أنّ يتركه»(۲).

وفى الصحيح عن حمزه بن حمران، عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ قذفها بالزنا، قال: «ارى عليه خمسين جلده ويستغفر اللّه عزّ وجلّ»، قلت: أرأيت ان جعلته فى حلّ وعفت عنه؟ قال: «لا، ضرب عليه إذا عفت عنه من قبل ان ترفعه»(۳)، ومقتضى الشرطيّه أنّ القاذف يضرب إذا كان عفوها بعد ان ترفعه الى الحاكم.

ولا يخفى أنّ مقتضى هاتين عدم نفوذ عفو من له الحدّ بعد رفعه الى الإمام، بلا فرق بين كون القاذف زوجاً والمقذوف زوجته أو شخص آخر، وصحيحه مسلم وارده فى قذف الزوج زوجته فتكون أخصّ بالاضافه الى الروايتين، ومقتضى اطلاقها عدم نفوذ عفو الزوجه قبل الرفع الى الإمام أو بعده، فاللالتزام

ص: ۲۲۴

۱- (۱) التوبه: ۱۱۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۳۰

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۳: ۴۳۴

قتل القاذف فی الثالثه

الخامسه: إذا تکرّر الحدّ بتکرّر القذف مرّتین قتل فی الثالثه[۱]، وقیل فی الرابعه، وهو اولی، ولو قذف فحدّ وقال: الذی قلت کان صحیحاً، وجب بالثانی التعزیر، لأنّه لیس بصریح[۲]، والقذف المتکرر یوجب حدّاً واحداً لا اکثر.

الشَرح:

الالتزام بما ذهب الیه الصدوق قدس سره ، لو لم نقل بعدم ظهور الصحیحه فی الارشاد الی عدم نفوذ عفو الزوجه، بل ظهورها فی مجرد نفی الکرامه عن العفو فیکون العفو أمراً مرجوحاً، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] لما تقدّم من أنّ أصحاب الکبائر إذا اقیم علیهم الحدّ مرتین قتلوا فی الثالثه، والقول بأنّه یقتل فی الرابعه لما تقدّم من دعوی العلم بأنّ القذف لا ـ یزید فی الحرمه علی الزنا وانّ الزانی یقتل فی المره الرابعه، وقد أجبنا عن ذلک فیما سبق وذکرنا احتمال الخصوصیه فی الزنا کما لا یخفی.

[۲] بل لأنّه لیس قذفاً جدیداً، والعمده فی عدم الحدّ صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام ، فی الرجل یقذف الرجل فیجلد فیعود علیه بالقذف فقال: «إنّ الذی قلت: لک حقّ لم یجلد وان قذفه بالزنا بعد ما جلد فعلیه الحدّ، وان قذفه قبل ما یجلد بعشر قذفات لم یکن علیه إلاّ حدّ واحد»(۱)، فانّ ظاهرها عدم تکرار الحدّ علیه إذا أظهر أنّ القذف السابق لم یکن باطلاً وکذباً ولو کان هذا بعد جلده.

نعم، إذا قذفه بمثل قوله یا زان بعد اقامه الحد علیه یعاد الحدّ، بخلاف ما إذا کان التکرار قبل إجراء الحد علیه، فانّ القذف المتکرر بالاضافه الی شخص قبل جلده بقذفه لا یوجب تعدّد الحدّ، سواء کان القذف المتکرر من نوع واحد أم لا وأمّا إذا کان تکرر القذف قبل اجراء الحدّ بالاضافه الی أشخاص فقد تقدّم حکمه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۳.

السادسه: لا يسقط الحدّ عن القاذف إلاّ بالبينه المصدقه أو تصديق مستحق الحدّ أو العفو، ولو قذف زوجته سقط الحدّ بذلک وباللعان[۱].

السابعه: الحدّ ثمانون جلده حرّاً كان أو عبداً، ويجلد بثيابه ولا يجرّد، ويقتصر على الضرب المتوسط [۱]

الشَرح:

فی قذف شخص جماعه.

[۱] سقوط الحدّ عن القاذف مع ثبوت الزنا أو اللواط بالبينه المعتبره فيهما يخرج القذف عن عنوان الافتراء، وتعلق حدّ الرمی بالرامی متعلّق فی الكتاب المجيد بعدم إقامه الشهود وسقوطه باعتراف المقذوف بالزنا ولو مره واحده لخروجه عن العفه، وان لم يثبت بالاعتراف مرّه الزنا أو اللواط وقد تقدّم سقوطه بالعفو.

وإذا كان القاذف زوجاً فيسقط الحدّ عنه بما ذكر وباللعان على ما يذكر فی بابه، ولا يبعد ثبوت التعزير فی مورد عفو المقذوف، لعدم خروج القذف المزبور بالعفو عن الافتراء المحرم، ويؤيدّه ما ورد فی سقوط الحدّ بالتقاذف مع تعلّق التعزير بهما.

[۱] ويدل عليه الروايات المتظافره، كصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ الفريه ثلاث يعنی ثلاث وجوه الى أن قال: فيه حدّ ثمانون»(۱).

وموثقه عباد بن صهيب، عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «كان علی عليه السلام يقول: إذا قال الرجل للرجل يا معفوج يا منكوح فی دبره فعليه حدّ القاذف»(۲).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد القذف، الحديث ۲: ۴۳۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد القذف، الحديث ۲: ۴۳۳.

کیفیه الضرب فی حد القذف

سقوط الحد بالتقاذف وثبوت التعزیر

ولا یبلغ به الضـرب فی الزنا، ویشهّر القاذف لتجتنب شهادته[۱]، ویثبت القذف بشـهاده عدلین والاقرار مرتین، ویشترط فی المقرّ التکلیف والحریه والاختیار.

الثامنه: إذا تقاذف اثنان سقط الحدّ وعزّرا[۲].

الشَرح:

وفی موثقه سـماعه بن مهران، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السـلام عن الرجل یفتری کیف ینبغی للإمام أن یضـربه، قال: «جلد بین الجلدین»(۱).

وفی موثقه اسـحاق بن عمـار، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام ، قال: «یجلـد الزانی أشـدّ الحـدّین»، قلت: فوق ثیابه؟ قال: «لا ولکن یخلع ثیابه»، قلت: فالمفتری؟ قال: ضرب بین الضربین فوق الثیاب یضرب جسده کله»(۲).

ومعتبره السـکونی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قـال: قال أمیر المؤمنین علیه السـلام : «أمر رسول اللّه صـلی الله علیه و آله أن لا ینزع شیء من ثیاب القاذف إلاّ الرداء»(۳)، الی غیر ذلک.

وأمّا ما ورد فی صحیحه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام : «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی المملوک یدعو الرجل لغیر ابیه، قـال: أری أن یعری جلـده»، فیحمل علی الکنایه عن جلـده، خصوصاً بملاحظه أنّ المورد من موارد التعزیریکون منوطاً بنظر الحاکم.

[۱] قد ورد التشهیر فی شاهد الزور، والمراد به هناک أن یطاف به حتّی یعرف، وتسریته الی القاذف لا یخلو عن تأمّل بل منع.

[۲] ویقال بعدم الخلاف فی ذلک، ویدلّ علیه صحیحه عبداللّه بن سنان،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۱: ۴۴۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۶: ۴۴۸.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۴: ۴۴۸.

تعرّض المسلم للكافر بالتعيير وغيره

التاسعه: قيل: لا يعزّر الكفار مع التنابز بالالقاب والتعبير بالامراض[۱]، إلّا ان يخشى حدوث فتنه فيحسمها الامام يراه.

ويلحق بذلک مسائل اخر:

الاولى: من سب النبى صلى الله عليه و آله جاز لسماعه قتله[۱]، ما لم يخف الضرر على نفسه أو ماله أو غيره من أهل الايمان، وكذا من سبّ احد الائمه عليهم السلام [۲].

الشَرح:

قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجلين افترى كل واحد منهما على صاحبه، قال: «يدرأ عنهما الحدّ ويعزران»(۱).

وصحيحه أبى ولّاد قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كلّ واحد منهما صاحبه بالزنا فى بدنه، قال: فدرأ عنهما الحدّ وعزرهما»(۲).

ولا يبعد أن يكون التعزير لحرمه فعل كلّ منهما فيثبت فى موارد حرمه الافتراء، وان لم يثبت حدّ القذف لفقد شرطه.

[۱] والظاهر جواز تعرض المسلم للكافر بالالقاب المشعره بالذمّ والامراض، فيما إذا لم يتضمن الكذب على ما مر فى قذف الكافر لعدم احترامع، وإذا كان التعرض له جايزاً من المسلم فلا موجب للتعزير فيما إذا تنابز الكفار بالالقاب المزبوره، نعم إذا كان تنابزهم أو حتّى التعرض لهم من المسلم موجباً لخوف الفتنه التى يصيب المسلمين ايضاً، يتعين على ولى المسلمين بل على المسلين الممانعه عنه.

[۲] بلا خلاف بين الاصحاب، بل ينفى الخلاف عن وجوب قتله، ولا يبعد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۵۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حد القذف، الحديث ۲: ۴۵۱.

....

الشَرح:

مع التمكن وعدم الخوف على نفسه، ففى صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبدالله عليه السلام أنّه سئل عمّن شتم رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فقال: عليه السلام : «يقتله الأدنى فالأدنى قبل أن يرفع الى الإمام»(۱).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إنّ رجلًا من هذيل كان يسب رسول اللّه صلى الله عليه و آله فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه و آله ، فقال: من لهذا ،فقام رجلان من الانصار فقالا: نحن يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فانطلقا حتّى أتيا عربه فسألا ـ عنه فإذا هو يتلقى غنمه، فقال: من أنتما وما إسمكما فقالا له: أنت فلان بن فلان، قال: نعم، فنزلا فضربا عنقه، قال محمّد بن مسلم: فقلت لأبى جعفر عليه السلام : أرأيت لو أنّ رجلًا الآن سب النبى صلى الله عليه و آله أيقتل، قال: ان لم تخف على نفسك فاقتله»(۲).

وصدرها هذه، وان لا يستفاد منه قتل ساب النبى بلا مراجعه الحاكم، إلّا أنّ ذيلها ظاهر فى أنّ من سمع السب فعليه قتل الساب مع عدم الخوف على نفسه.

وعلى الجمله القتل وان كان حدّاً، وقد تقدم أنّ اجراء الحدّ يجب على الحاكم ولا يجوز لغيره اقامته من غير مراجعته، إلّا أنّه يستثنى من ذلك موارد، منها ساب النبى صلى الله عليه و آله ، فانّه يجوز قتله لكلّ سامع، بل يجب عليه مع خوف الضرر على نفسه أو اهله أو ماله الذى يقع مع ذهابه فى الحرج والضيق، فانّ الوجوب على السامعين مقتضى الروايتين.

وعوى عدم دلالتها إلاّ ـ على الجواز، حيث إنّ اجراء الحدود من وظيفه الإمام أو المنصوب من قبله ولا ـ يجوز للسائرين القيام بذلك فيكون أمرهم باجرائه فى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب المرتد، الحديث ۱: ۵۵۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حد القذف، الحديث ۳: ۴۵۹.

جواز قتل ساب الأئمه صلى الله عليه و آله

....

الشَرح:

مورد ظاهراً فی الجواز، کما هو مقتضی ورود الأمر فی مقام توهم الحظر، لا یمکن المساعده علیها، فانّ ظاهر قوله علیه السلام «یقتله الأدنی فالأدنی»، هو الوجوب.

ویؤیّده ما فی خبر علی بن جعفر، قال: أخبرنی أخی موسی بن جعفر علیه السلام قال: «کنت واقفاً علی رأس أبی حین أتاه رسول زیاد بن عبیداللّه الحارثی عامل المدینه الی ان قال: فقال: أبو عبداللّه علیه السلام : أخبرنی أبی أنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله قال: الناس فی اسوه سواء، من سمع احداً یذکرنی فالواجب علیه أن یقتل من شتمنی ولا یرفع الی السلطان، والوجب علی السلطان إذا رفع الیه ان یقتل من نال منی»(۱)، وللمناقشه فی سندها ذکرناها مأیّده.

ثم إنّ الواجب فیما إذا لم یخف الضرر علی نفسه أو ماله أو غیره من اهل الایمان، ومع الخوف لا یجب، کما هو مقتضی حدیث نفی الضرر، وما ورد فی ذیل صحیحه محمّد بن مسلم، وما یأتی فی صحیحه هشام بن سالم الوارده فیمن سب علیاً علیه السلام ، فانّ الصحیحتین وإن لا تعمّان الضرر المالی إلاّ انّ قاعده نفی الضرر تعمّه.

[۲] لا خلاف بین اصحابنا فی انّه یجری علی ساب أحد الائمه علیهم السلام فی جواز قتله أو وجوبه علی ما تقدم، وفی صحیحه هشام بن سالم، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ما تقول فی رجل سبابه لعلی علیه السلام ، قال: فقال لی: «حلال الدم واللّه لو لا ان تعم به بریئاً»، قال: قلت: فما تقول فی رجل موذلنا؟ قال: «فی ماذا»، قلت: فیک یذکرک، قال: فقال لی: «له فی علی نصیب»، قلت: أنّه لیقول ذاک ویظهره،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حد القذف، الحدیث ۲: ۴۵۹.

جواز قتل ساب فاطمه الزهراء عليهاالسلام

....

الشَرح:

قال: «لا تعرّض له»(۱)، وما فى ذيلها من النهى عن التعرّض له تحفظاً منه على الشيعه، فلا يدلّ على حرمه دمه.

ومثل سابهم عليهم السلام ساب اُمّ الائمه بنت النبى فاطمه الزاهراء البتول عليهاالسلام ، فانّ من الضروره عند الشيعه عصمتها وطهارتها، فهى سلام اللّه عليها من أهل بيت العصمه والطاهره.

ثم إنّ الوارد فى الروايات عنوان السب، فهو ينطبق على الهجاء والتعرّض لهم بالهتک والاهانه، بل لو نوقش فى صدقه على ما ذكر فلا ـ ينبغى التأمّل فى جريان حكمه فيها، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى الصحيحه المتقدمه: «موذلنا، فيك يذكرك»، وقد روى قتل جماعه بعد فتح مكه بامر النبى صلى الله عليه و آله كانوا يؤذونه، ومنهم بنتان كانتا تغنيان بهجائه.

وما ورد فى خبر على بن جعفر المتقدمه عن أخيه، عن أبيه، عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من سمع احداً يذكرنى فالواجب أن يقتل من شتمنى ولا يرفع الى السلطان، والواجب على السلطان إذا اليه أن يقتل من نال منى».

وربّما يستدل على وجوب قتل ساب الائمه عليهم السلام ، بما ورد فى قتل الناصب وعدم حرمه نفسه وماله، ولكن لا يخفى أنّ النصب واظهار العداوه موجب للكفر وعدم حرمه نفسه وامواله لكفره، والكلام فى المقام فى مطلق السب والشتم ونحوهما من الهجاء، ولو كان الداعى له غير النصب والعداوه محكوماً بالإسلام فهو ارتداد فطرياً كان أو ملياً وسيأتى حكمهما، واما إذا كان النصب من الكافر فلا يوجب اظهار كفره.

ص: ۲۳۱

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۶۱.

جواز قتل مدعی النبوه

الثانیه: من ادّعی النبوه وجب قتله[۱]،

الشَرح:

وعلی الجمله، القتل فی السب حدّ لا أنّه نفسه موجب للکفر ولا یتوقف إقامه هذا الحدّ علی الثبوت عند الحاکم أو الاستیذان منه علی ما مر.

نعم، إذا کان منشأ السبّ إظهار العداوه یکون محکوماً بالکفر باظهار العداوه، أو الانکار علی النبی صلوات اللّه وسلامه علیه وآله.

وفی صحیحه داود بن فرقد، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ما تقول فی قتل الناصب، فقال: «حلال الدم ولکنی اتقی علیک فان قدرت ان تقلب عله حائطاً أو تغرقه فی ماء لکیلا یشهد به علیک فافعل»، قلت: فماتری فی ماله، قال: «توّه ما قدرت علیه»(۱).

وفی صحیحه حفص بن البختری عن أبی عبداللّه علیه السلام : «خذ مال الناصب حیثما وجدته وارفع الینا الخمس»(۲)، وظاهرهما أنّ الناصب محکوم بالکفر، وقد تکلمنا فی ذلک فی بحث النجاسات، وذکرنا أنّ الناصب کالکلب محکوم بالنجاسه علی ما هو ظاهر بعض الروایات المعتبره، فلا حظ.

[۱] بلا خلاف ظاهر بین الأصحاب، ویدلّ علیه موثقه ابن یعفور، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام إنّ بزیقاً یزعم أنّه نبی، قال: «إنّ سمعته یقول ذلک فاقتله»، فجلست إلی جنبه غیر مره فلم یمکنی ذلک(۳).

وفی موثقه أبی بصیر یحیی بن القاسم، عن أبی جعفر علیه السلام ، قال النبی صلی الله علیه و آله : «ایها الناس انّه لا نبی بعدی ولا بعد سنتی، فمن ادعی ذلک فدعواه وبدعته فی النار فاقتلوه ومن تبعه فانّه فی النار، أیّها الناس أحیوا القصاص وأحیوا الحق لصاحب

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حد القذف، الحدیث ۵: ۴۶۱.

۲- (۲) الوسائل: ۶، الباب ۲ من أبواب الخمس.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۲: ۵۵۵.

حد الساحر مسلماً وکافراً

وکذا من قال: لا ادری محمّد بن عبداللّه صلی الله علیه و آله صادق أو لا فکان علی ظاهر الاسلام[۱].

الثالثه: من عمل بالسحر یقتل إن کان مسلماً[۲]، ویؤدّب إن کان کافراً.

الشَرح:

الحق ولا تفرقوا الحدیث»(۱).

وظاهر الاولی أنّ قوله علیه السلام : «إن سمعته یقول ذلک فاقتله» بیان للحکم الشرعی لا انشاء الحکم الولائی، کما هو ظاهر النانیه ذلک، وإنّ خطابه لعامه المسلمین، ولا یتوقف ثبوته عند الحاکم أو الاستیذان منه.

[۱] إذا کان إظهار الشک ممّن کان محکوماً بالإسلام فهو ارتداد فطریاً کان أو ملیاً، وسیأتی حکمهما، وأمّا إذا کان من الکافر فلا یوجب اظهاره إلاّ إظهار کفره.

وفی صحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «من شک فی اللّه وفی رسوله فهو کافر»(۲).

ولکن الکفر فی مثلها فی مقابل الایمان لا الإسلام، وإذا أظهر شکّه یحکم بکونه کافراً فی مقابل الإسلام، وقد ذکرنا ذلک فی الفرق بین الإسلام والإیمان.

وفی روایه الحارث بن المغیره، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : لو أنّ رجلاً أتی النبی صلی الله علیه و آله فقال: واللّه ما أدری أنبی أنت أم لا کان یقبل منه، قال: «لا، ولکن کان یقتله أنّه لو قبل ذلک ما أسلم منافق ابداً»(۳).

[۲] قد نفی الخلاف فی قتل الساحر المسلم، وفی تأدیب الساحر الکافر وتعزیره، والظاهر أنّ المستند فیی ذلک معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۳: ۵۵۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۲۲: ۵۶۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۴: ۵۵۱.

موارد جواز تعلم السحر

....

الشَرح:

قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل، فقيل: يا رسول اللّه ولم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال: لأنّ الكفر أعظم من السحر ولأنّ السحر والشرك مقرونان»(۱)، ولا يبعد ظهورها فى قتل الشخص بكلّ من السحر والشرك.

ثم إنّ ظاهر الساحر من يعمل بالسحر ويضرّ الناس بعمله، ومقتضى موثقه اسحاق بن عمّار أنّ متعلّمه ايضاً يقتل، حيث روى عن جعفر، عن أبيه: «إنّ علياً عليه السلام كان يقول: من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده بربّه، وحدّه القتل إلاّ ان يتوب(۲).

وهذه ايضاً محموله على متعلّمه لغايه السحر الذى يضر الناس، ودعوى حمله على المتعلم العامل به لظهور التوبه فى ترك العمل بما تعلم خوفاً من اللّه سبحانه قابله للمناقشه، فانّ التعلم إذا كان حراماً فالتوبه ترك تعلّمه.

وعلى الجمله فالمنهى عنه التعلم الدارج فى ذلك الزمان من كون الغايه العمل بما يضرّ الناس ولا ينفهم.

ويمكن الاستدلال بذلك بما رواه الكلينى قدس سره عن على بن ابراهيم، عن أبيه، عن شيخ من الكوفيين من أصحابنا قال: دخل عيسى بن شقفى على أبى عبداللّه عليه السلام وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على ذلك الاجر، فقال له: جعلت فداك انا رجل كانت صناعتى السحر وكنت آخذ عليه الاجر وكان معاشى وقد حججت ومنّ اللّه علىّ ببقائك وقد تبت إلى اللّه عزّ وجلّ فهل لى فى شىء منه مخرج قال: فقال أبو عبداللّه عليه السلام : حل ولا تعقد»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب بقيه الحدود، الحديث ۱: ۵۷۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب بقيه الحدود، الحديث ۲: ۵۷۷.

۳- (۳) التهذيب: ۶: ۳۶۴.

كيفيه تأديب الصبى والعبد

الرابعه: يكره ان يزداد فى تأديب الصبى على عشره اسواط[١]،

الشَرح:

وعلى ذلك فلا بأس بتعلّمه لابطال دعوى النبوه، ونحوها ممّا قالوا بالجواز معه بل بالوجوب كفائياً، ولا أظنّ أن يلتزم بأنّ السحر الذى يبطل به دعوى النبوه أو ما دونها محرّم، خصوصاً بعد ما ورد فيما روى الكلينى من الأمر بالحلّ والنهى عن العقد.

قال الصدوق قدس سره وروى أنّ الساحر أن يحلّ ولا يعقد.

ثم إنّ ظاهر موثقه اسحاق بن عمّار، أنّ توبه المتعلم مسقطه للحدّ، ولا بأس بالالتزام به فى المتعلم، بل فى نفس الساحر، بقرينه روايه الكلينى قدس سره التى يستفاد منها جواز إبطال السحر بالسحر.

وأمّا تأديب الكافر فلا ينبغى فيه، لأنّ السحر الذى ذكرنا عمل فيه فساد واضرار الناس، فيكون كسائر الاعمال الفاسده المفسده التى للحاكم الممانعه عنها بالتعزير، بل بقتله إذا توقف ممانعه الكافر عن ذلك على قتله وان كان ذمياً.

وفى معتبره زيد بن على، عن أبيه، عن آبائه، قال: سئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن الساحر، قال: «إذا جاء رجلان عدلان فشهدا بذلك فقد حلّ دمه»، ويرفع اليد عن إطلاقه فى الكافر الذى يمكن المنع عن سحره بتعزيره، بقرينه معتبره السكونى.

ويستفاد ايضاً من المعتبره ثبوت كون الشخص ساحراً بشهاده عدلين، وأمّا ثبوته باقراره ولو بمرّه واحده، فقد تقدّم أنّه الاظهر، إلّا مع ثبوت الدليل فى مورد على اعتبار الاقرار بأزيد من مرّه.

[١] ليس عندى بالاضافه إلى ما ذكره فى تأديب الصبى وجه، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام ألقى صبيان الكتاب ألوحهم بين يديه ليخيّر بينهم، فقال: أمّا إنها حكومه والجور فيها كالجور فى الحكم، ابلغوا

حكم ضرب المولی عبده حداً من دون ارتکاب موجب الحد

....

الشَرح:

معلّمکم إنّ ضربکم فوق ثلاث ضربات فی الأدب أقتصّ منه»(۱).

وفی روایه حماد بن عثمان قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام فی أدب الصبی والمملوک، فقال: «خمسه أو سته، وارفق»(۲).

والمتفاهم العرفی منها أنّه لا یجوز ضرب الصبی إلاّ بالأقل ممّا یرجی به أدبه، والزائد علیه جنایه، کان الضارب ولیه أو من أوکل إلیه ولیّه أدبه کالمعلّم.

وأمّا المملوک فالحال فیه فی أدب السیّد لئلا یعصیه فیما یجب علیه طاعته کالسعی فی حوائجه فایضاً کذلک، فعلی مولاه أن یقتصر علی الأقل ممّا یرجی فیه أدبه.

وفی حسنه زراره بن أعین، قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ماتری فی ضرب المملوک؟ فقال: «ما أتی فیه علی یدیه فلا شیء علیه وأمّا ما عصاک فیه فلا بأس، قلت: کم اضربه؟ قال: «ثلاثه أو اربعه أو خمسه»(۳).

وفی صحیحه حزیر بن عبداللّه، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «لا بأس أن یؤدّب المحرم عبده ما بینه وبین عشره اسواط»(۴).

والظاهر أنّ ذکر المحرم لدفع إحتمال أنّ المحرم لا۔ یجوز له ضرب عبده تأدیباً حال احرامه لا لخصوصیه اختصاص الحکم بالمحرم، فیکون الزائد علی ذلک مع رجاء الأدب بذلک غیر جائز، ولعلّل الماتن قدس سره أخذ هذه الصحیحه سنداً

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث ۳: ۵۸۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث ۱: ۵۸۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث۳،۲،۱: ۵۸۱.

۴- (۴) الوسائل: ۹، الباب ۹۵ من أبواب تروک الاحرام.

حكم قذف المولى عبده أو أمته

وكذا المملوك، وقيل: ان ضرب عبده في غير حدّ حدّاً لزمه اعتاقه[۱]، وهو على الاستحباب.

الخامسه: كلّ ما فيه التعزير من حقوق اللّه سبحانه يثبت بشاهدين أو الاقرار مرتين[۲] على قول، ومن قذف امته أو عبده عزّر[۳] كالاجنبي.

الشَرح:

فيما ذكره مع حمله النهي عن الزائد على الكراهه، ولكن الكراهه مع رجاء الأدب بالأقلّ خلاف ظاهرها، بل ظاهرها عدم الجواز.

[۱] القائل الشيخ قدس سره في النهايه، ويستدلّ على ذلك بصحيحه أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «من ضرب مملوكاً حدّاً من الحدود من غير حدّ أوجبه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلاّ عتقه»(۱).

وظاهرها الضرب من غير موجب الحدّ، ولا تعمّ ضربه في مورد ارتكابه موجب الحدّ مقدار الحدّ أو أكثر من الحدّ، ولكن ربما يدعى عدم امكان الالتزام بوجوب ذلك، لأنّ الاستغفار مع الاستحلال كفّاره فيحمل العتق على الاستحباب.

[۲] قد تقدّم الكلام في نفوذ الاقرار والاكتفاء بالمره حتّى في موارد ثبوت الحدّ إلاّ أن يقوم في مورد كالزنا ونحوه باعتبار المرات، وذكرنا أنّ ما ورد من أنّ الاقرار الواحد شهاده واحده لا يعم غير الزنا ونحوه، على ما تقدّم فلا نعيد.

[۳] بلا خلاف معروف أو منقول، ويعمّه الاطلاق لموثقه أبي بصير عن أبي عبداللّه عليه السلام : «من أفترى على مملوك عزّر لحرمه الإسلام»(۲)، فان مقتضى إطلاقها كاقتضاء التعليل الوارد فيها عدم الفرق بين كون القذف من مولاه أو غيره.

وفي موثقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، قال: «جاءت امرأه إلي

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث، ۵: ۳۴۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب مقدمات القذف، الحديث ۱۲: ۴۳۶.

جواز إمامه المولی علی مملوکه

....

الشَرح:

رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقالت: یا رسول اللّه انی قلت لامتی یا زانیه، فقال: «هل رأیت منها زنا؟ فقالت: لا، فقال: أما انّها ستقاد منک یوم القیامه، فرجعت إلی امتها فاعطتها سوطاً، ثم قالت: إجلدینی، فأبت الأمه فاعتقتها، ثم أتت الی النبی صلی الله علیه و آله فاخبرته، فقال: عسی أن یکون به»(۱).

وقد یقال: إنّ ظاهرها عدم تعزیر النبی صلی الله علیه و آله المرأه بقذفها مملوکتها، وربّما یجاب عن ذلک بعدم اقرارها علی قذف امتها مرتین.

وفی الحدیث ایضاً جهه اخری للاشکال، وهو انّه صلوات اللّه وسلامه علیه وآله سأل المرأه هل رأیت منها زنا، وهذا السؤال لا دخل له فی ثبوت التعزیر وعدمه، ولا فی ثبوت القذف وعدمه، ولا ثبوت زنا امتها وعدمه.

اللهم إلّا ان یقال: المستفاد من بعض الروایات جواز اقامه المولی الحد علی مملوکه إذا شاهد ارتکاب الموجب من المملوک، ولذا سأل صلوات اللّه علیه وآله عن رؤیتها، ویدلّ علی ذلک موثقه اسحاق بن عمّار قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام إلی ان قال علیه السلام : یا اسحاق ان کنت تدری حدّ ما اجرم فاقم فیه الحدّ ولا تعد حدود اللّه»(۲).

وموثقه عبداللّه بن بکیر عن عنبسه عن مصعب، قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : «جاریه لی زنت أحدها؟ قال: نعم، قلت: ابیع ولدها قال: نعم»، وعلی روایه الصدوق قدس سره ان زنت جاریه لی أحدها؟ قال: نعم ولیکن ذلک فی ستر فانّه اخاف

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب مقدمات القذف، الحدیث ۴: ۴۳۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۳۹.

ثبوت التعزير على ارتكاب كل محرم وترک کل واجب

السادسه: کلّ من فعل محرماً أو ترک واجباً فللإمام تعزیره [۱] بما لا یبلغ الحدّ، وتقدیره الی الامام، ولا یبلغ به حدّ الحر فی الحر، ولا حدّ العبد فی العبد.

الشَرح:

علیک السلطان»(۱)، فتأمّل.

وفی روایه علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام ، قال: سألته عن رجل هل یصلح له أن یضرب مملوکه فی الذنب یذنبه؟ قال: «یضربه علی قدر ذنبه ان زنی جلده وان کان غیر ذلک فعلی قدر ذنبه السوط والسوطین وشبهه ولاـ یفرط فی العقوبه»(۲).

وفی معتبره طلحه بن زید، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه، عن علی علیه السلام ، قال: «اضرب خادمک فی معصیه اللّه عزّ وجلّ واعف عنه فیما یأتی الیک»(۳).

وعلی الجمله، سؤال النبی صلی الله علیه و آله المرأه عن رؤیه زنا أمتها لاحتمال ان یأذن فی اقامه الحدّ علیها، مع سقوط حدّ القذف لرؤیتها وثبوت زناها وعدم تعزیره المرأه مع نفیها رؤیه أمتها علی الزنا، لعله لعفوه صلوات اللّه علیه لما یری من تندّمها عن فعلها وسؤالها عن طریق التخلّص عن وزرها.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره ثبوت التعزیر وتعلّقه بکلّ من ارتکب عملاًـ محرماً أو ترک واجباً، وإنّ التعزیر موکول فی اقامته ومقداره إلی من له ولایه اقامه الحدّ، ولکن یعتبر فی التعزیر أن لا یبلغ حدّ الحر إذا کان المرتکب حراً، ولا یبلغ حدّ العبد فیما إذا کان المرتکب عبداً، وعن جماعه تقیید الحرام أو ترک الواجب

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۴۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۸: ۳۴۰.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۴: ۳۴۰.

....

الشَرح:

بالكبائر، فلا تعزير على ارتكاب الصغيره إلاّ فى مورد قام الدليل فيه على التعزير أو الحدّ، لكون ترك الكبائر مكفّر الصغائر.

وبمّا يقال بعدم الفرق بين كون المرتكب حراً أو عبداً، فاللازم فى كلا الفرضين أن يبلغ التعزير أقلّ الحدّ الذى يقام على العبد يعنى اربعين سوطاً، وقد تقدّم أنّ هذا يستفاد من صحيحه حماد بن عثمان على ماقيل.

وقد يفصّل فى التعزير ويقال: ما ناسب الزنا فلا يجوز أن يبلغ التعزير فيه حدّ الزنا يعنى مائه جلده فى ارتكاب الحر وان لا يبلغ ما ناسب القذف أو شرب المسكر حدّهما يعنى ثمانين جلده، وفيما لا يناسب له لا يبلغ اقل الحدود وهو خمسه وسبعون حدّ القواد.

وعن كاشف اللثام انّ التعزير فى غير الموارد ورد فيها نص خاص بالأدب والتعزير منوط بما إذا لم ينته المرتكب بالنهى والتوبيخ ونحوهما، وأمّا إذا انتهى عن الارتكاب بذلك فلا موجب للتعزير، وربّما احتمل ادخال غير الضرب من مراتب الانكار فى التعزير.

أقول: ما يمكن أن يستند اليه فى المقام ما ذكرنا سابقاً من إنّ على الإمام حفظ النظام الإسلامى فى البلاد بين الرعيه، فكلّ من اخلّ بنظامها بالفساد والتعدى على الغير والمزاحمه للسائرين فعليه أدبه وتعزيره، على ما يظهر ذلك من سيره على عليه السلام فى موارد مختلفه من الروايات المتفرقه، سواء كان المنع والتعزير بالتسبب أو المباشره.

وأمّا فى جميع موارد ارتكاب المحرم وترك الواجب ممّا يقع بين العبد وربه ممّا اطلع عليه الإمام، فيستدلّ عليه بموثقه سماعه، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «ان

. ...

الشَرح:

لكل شيء حداً ومن تعدى ذلك الحدّ كان له حدّ»(۱).

ونحوها ما فی صحیحه داود بن فرقد، حیث ذکر أبو عبداللّه علیه السلام فیها: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله لسعد بن عباده: «ان اللّه جعل لکل شیء حدّاً وجعل لمن تعدی ذلک الحدّ حدّاً»(۲)، وتجاوز الحدّ یکون بمخالفه الوجوب وارتکاب الحرام، وامّا المباحات فلا یکون تجاوز الحدّ بالارتکاب أو لثبوت الترخیص فی کل منها.

وبما أنّ ظاهر الروایتین کون الحدّ فی الموضعین بمعنی واحد، فلابدّ من القیید فی کل شیء یکون المراد منه مخالفه الشرع أو التعدی والفساد، والمتقین هو الثانی کما لا یخفی.

وأمّا تحدید التعزیر بما دون الحدّ والوکول فیه إلی نظر الحاکم، فقد تقدم الکلام فیه فی ذیل ما تقدم عن الماتن، من أنّ الاجنبیتان إذا وجدتا فی ازار واحد مجردتین، وذکرنا أنّ الثابت فی التعزیر عدم بلوغه مقدار الحدّ فی الحر وفی العبد مقدار حدّ العبد کما فی عباره الماتن.

وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، عن آبائه، قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «من بلغ حدّاً فی غیر حدّ فهو المعتدین»(۳)، ولا یبعد منصرفها ایضاً بلوغ حدّ الحر وحدّ العبد فی العبد، واللّه سبحانه هو العالم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۱۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۰۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۶: ۳۱۲.

الباب الرابع: فى الحدّ المسكر والفقاع، ومباحثه ثلاثه.

المبحث الأول: فى الموجبات

الأوّل: فى الموجب.

وهو تناول المسكر أو الفقاع اختياراً مع العلم بالتحريم إذا كان المتناول كاملًا، فهذه قيود أربعه[١]، وشرطنا التناول ليعم الشرب والاصطباخ وأخذه ممزوجاً بالاعذيه والأدويه.

الشَرح:

[١] ذكر قدس سره أنّه يتعلق الحدّ فى تناول المسكر والفقاع إذا كان التناول اختيارياً فلا حدّ إذا كان بالاكراه والاجبار عليه، وان يكون التناول الاختيارى مع العلم بحرمته وكان المتناول كاملاً ـ بالبلوغ والعقل فانّ مع الاكراه والاجبار لا يكون التناول محرماً ليكون موجباً لتعلّق الحدّ.

كما لا يتعلّق الحدّ إذا كان التناول مع الجهل بحرمته، لقول أبى عبداللّه عليه السلام فى صحيحه الحلبى: «لو أنّ رجلًا دخل فى الإسلام وأقرّ به ثم شرب الخمر أو زنى واكل الربا ولم يتبيّن له شيء من الحلال والحرام لم اقم عليه الحدّ إذا كان جاهلًا، إلّا أن تقوم عليه البينه أنّه قرأ السوره التى فيها الزنا والخمر واكل الربا، وإذا جهل ذلك اعملته وأخبرته، فان ركب بعد ذلك جلدته واقمت عليه الحدّ(١)، ونحوها غيرها.

وينبغى اضافه اعتبار العلم بالموضوع إلى العلم بالحكم، فانّ مع الجهل بالموضوع لا يتعلّق الحدّ، ولو مع العلم بحرمه الخمر واجتماع سائر الامور المذكوره، كما هو مقتضى ترخيص الشارع فى الارتكاب مع الجهل بالموضوع بحديث الرفع أو غيره، والاعتذار عن ترك التعرض لاعتباره للوضوح غير صحيح،

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١۴ من أبواب مقدمات الحدود ح ١.

....

الشَرح:

فانّ وضوح اعتبار كمال المتناول لم يمنع عن التعرض لاعتباره.

ثم انّه قدس سره إعتبر التناول لا الشرب ، لعدم اختصاص الحرمه وتعلّق الحد بما كان التناول بالشرب، بل يعم ولو بنحو طبخ الطعام أو غيره بالمسكر أو مزجه بالأدويه، وبتعبير آخر الوارد فى كثير من الروايات وان كان عنوان شرب الخمر أو المسكر أو النبيذ، إلاّـ أنّ المتفاهم العرفى عدم الخصوصيه للشرب، بل بما هو فرد متعارف من تناول الخمر والمسكر، ولا يحتمل الفرق بحسبه بين شرب الخمر متميزاً أو ممزوجاً بغيره حتّى فيما كان الامتزاج موجباً لفقد التمييز.

نعم، إذا لم يصدق تناول الخمر والمسكر والفقاع لم يتعلّق بالارتكاب حدّ شرب المسكر، كما إذا القى مقدار قليلًا من الخمر بحبّ من الماء وشرب من الماء المزبور، وهذا فيما إذا اقتصر على شرب بعض الماء ظاهر، فانّه وإن يحرم شرب الماء لنجاسته إلاّ انّه لا يصدق عليه شرب المسكر.

نعم، إذا شرب تمام الماء تديجاً ففى عدم صدق تناول الخمر تأمل، لما ذكرنا فى بحث الاستهلاك انّه ليس من انعدام الموضوع بل تبعيه الممتزج بالممتزج فيه من حيث الحكم وتحتاج هذه التبعيه الى قيام دليل عليها، كما إذا كان الماء المستهلك فيه معتصماً، فانّ مقتضى ما دلّ على جواز الشرب والوضوء من المعتصم عدم الاعتناء بما يستهلك فيه من القذر.

وقد يقال: إنّ مقتضى موثقه اسحاق بن عمّار عموم الحكم لمطلق تناول المسكر وانّها تدل على تعلق الحدّ بمطلق تناول المسكر، فانّه روى عن أبى بصير عن أحدهما عليهماالسلام ، قال: «كان على عليه السلام يضرب فى الخمر والنبيذ ثمانين»(۱)، ولكن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۲: ۴۶۹.

....

الشَرح:

لا یخفی عـدم إمکان الأخـذ باطلاقها، وإلاّ لزم الالتزام بتعلّق الحـدّ فی صـنع الخمر والنبیـذ وبیعهما وحملهما، إلی غیر ذلک من التصرّفات المحرّمه فیهما.

نعم، یمکن أن یقال: آنهاتعم الشرب ولو غیر متمیّز، کما فی خلط الخمر والنبیذ بالغذاء والماء، ویدلّ علی ذلک ایضاً ما ورد فی عدم جواز شرب الخمر والنبیذ بکسرهما بالماء.

وفی صـحیحه عبـدالرحمن بن الحجـاج، قـال: اسـتأذنت لبعض أصـحابنا علی أبی عبـداللّه علیه السـلام فسـألته عن النبیـذ، فقـال: «حلال»، فقلت: اصـلحک اللّه إنّما سألتک عن النبیذ الذی یجعل فیه العکر فیغلی حتّی یسکر، فقال أبو عبداللّه علیه السلام : «قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : کلّ ما اسکر حرام»، فقال الرجل: إنّ من عندنا بالعراق یقولون إنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله عنی بذلک القدح الذی یسـکر، فقال أبو عبداللّه علیه السـلام : «إنّ ما اسـکر کثیره فقلیله حرام»، فقال له الرجل: فاکسـره بالماء، فقال أبو عبداللّه علیه السلام : لا وما للماء أن یحل الحرام اتّق اللّه ولا تشربه»(۱).

وفی روایه عمر بن حنظله، قلت لأبی عبداللّه علیه السـلام ماتری فی قدح من مسکر یصبّ علیه الماء حتّی تذهب عادیته ویذهب سکره، فقال: «لا واللّه ولا قطره قطرت فی حبّ إلاّ اهریق ذلک الحبّ»(۲)، إلی غیر ذلک ممّا یدلّ علی حرمه التناول، ولکن فی دلالتها علی تعلّق حدّ شرب الخمر تأمّل بل منع، والعمده ما ذکرنا.

وظاهر الکلمات عدم الفرق بین المسکر الجامد والمایع فی تعلّق لحدّ

ص: ۲۴۵

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الاشربه المحرمه، الحدیث ۷: ۲۷۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الاشربه المحرمه، الحدیث ۱: ۲۷۲.

المراد من المسكر الذی یجب الحد فیه

ونعنی بالمسکر ما هو من شأنه أن یسکر[۱]، فان الحکم یتعلّق بتناول القطره منه، ویستوی فی ذلک الخمر وجمیع المسکرات، التمرّیه والزبیبیه والعسلیه والمرز المعمول من الشعیر أو الحنظله أو الذرّه، وکذا ما لو عمل من شیئین أو ما زاد.

الشَرح:

الآتی، ولکن تناول الجامد وان یکون محرماً کالمایع لقول رسول اللّه صلی الله علیه و آله : کل مسکر حرام، علی ما فی عده من الروایات، إلاّ أنّ الحدّ کما تقدّم ذکره لشرب الخمر والنبیذ والفقاع بل لشرب المسکر، فالتعدی منها إلی تناول الخمر أو غیرها بغیر الشرب أمر صحیح کما ذکرنا، إلاّ أنّ فی التعدی إلی الجامد بالاصل تأملاً، واللّه العالم.

[۱] المراد أنّه لا یعتبر فی تعلّق الحدّ بالمتناول صیرورته سکراناً، بل لو شرب منه قطره بالشرائط المتقدّمه یتعلّق به الحدّ، بلا فرق بین المسکر المعمول من التمر أو الزبیب أو العسل، أو المعمول من الشعیر والحنظله أو الذره، أو المعمول من شیئین أو ما زاد.

والظاهر عدم الفرق فی تعلّق الحد بین القلیل والکثیر اتفاقی، ولا یعتبر فی تعلّق صیروره المتناول سکراناً، ویشهد لذلک مضافاً إلی الاطلاق المقتضی لعدم الفرق فی مثل صحیحه برید بن معاویه، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «إنّ فی کتاب علی علیه السلام یضرب شارب الخمر ثمانین وشارب النبیذ ثمانین»(۱).

مثل صحیحه عبداللّه بن سنان قال: أبو عبداللّه علیه السلام : «الحدّ فی الخمر ان یشرب منها قلیلاً أو کثیراً»(۲).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۳: ۴۷۰.

....

الشَرح:

ولكن فى صحيحه الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام ، قلت: أرأيت ان أخذ شارب النبيذ ولم يسكر أيجلد ثمانين، قال: «لا، وكل مسكر حرام»(۱).

وفى صحيحه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قلت: أرأيت ان أخذ شارب النبيذ ولم يسكر أيجلد، قال: «لا»(۲).

وفى المرسله المرويه عن علل الصدوق قال، قال أبو جعفر عليه السلام : «إذا سكر من النبيذ المسكر والخمر جلد ثمانين»(۳).

وروى قبل هذه عن زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام وسمعتهم يقولون انّه عليه السلام قال: «إذا شرب الرجل الخمر فسكر هذى فإذا هذى افترى فإذا ذلك فاجلدوه جلد المفترى ثمانين جلده»(۴).

أقول: أمّا المرسله الاولى فلا يمكن الاعتماد عليها، وكذا الثانيه، بل يمكن دعوى ظهور الثانيه فى تعلّق الحدّ بشرب الخمر وان يحصل السكر والهذى والقذف، لكون ما ذكر حكمه فى تعيين الحدّ فى شرب الخمر بحدّ القذف.

فقد روى الكلينى قدس سره عن على بن إبراهيم، عن محمّد بن عيسى، عن يونس، عن زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قال على عليه السلام يقول: «ان الرجل إذا شرب الخمر سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فاجلدوه حدّ المفترى»(۵)، والظاهر أنّ هذه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۵: ۴۷۰.
۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۴: ۴۷۰.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۸: ۴۷۰.
۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۷: ۴۷۰.
۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المسكر، الحديث ۴.

....

الشَرح:

هى التى رواها الصدوق قدس سره فى العلل عن زراره.

وأمّا صحيحتا الحلبى وأبى الصباح الكنانى، فالوارد فيهما عدم الحدّ فى شرب النبيذ إذا لم يسكر، فيحملان على التقيه لموافقه مدلولهما مذهب العامه أو على النبيذ الحلال.

وعلى الجمله، شرب النبيذ كشرب الخمر وانّ الموضوع لتعلّق الحدّ تناولهما، سواء كان بشربهما أو بما لا يحتمل الفرق بينه وبين الشرب كاللاصطباغ وامتزاجهما ولو عند الشرب بماء أو غيره من مايع أوجامد، سواء اسكر لكثرته أو يسكر لقلّته.

وفى معتبره كليب الاسدى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن النبيذ، فقال: «انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله خطب للناس فقال: أيها الناس ألا ان كلّ مسكر حرام وما اسكر كثيره فقليله حرام»(۱).

فانّ اطلاق مثلها يعم تناول القطره وإنّ لم يصدق عليه الشرب، وفى موثقه سماعه قال: سألته عن التمر والزبيب يخلطان للنبيذ، فقال: «لا، كل مسكر حرام، وقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : كل اسكر كثيره فقليله حرام»(۲)، إلى غير ذلک ممّا يقتضى حرمه تناول المسكر بلا فرق بين القليل والكثير، كان بنحو يصدق عليه الشرب أم لا.

وأمّا تعلق الحدّ بالتناول من أى أنواع المسكر، فيشهد له عده من الروايات، منها صحيحه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «كل مسكر من الأشربه

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۱۷ من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث ۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۷، الباب ۱۷ من أبواب الرشربه المحرمه، الحديث ۵.

حكم العصير العنبى إذا غلى

ويتعلّق الحكم بالعصير إذا غلى واشتدّ وان لم يقذف بالزبد[۱]، الّا أن يذهب

الشَرح:

يجب فيه كما يجب فى الخمر من الحدّ»(۱)، وصحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع، عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن الفقاع، فقال: «خمر، وفيه حدّ شارب الخمر»(۲).

[۱] لا ينبغي التأمّل فى حرمه تناول العصير العنبى بعد غليانه وقبل ذهاب ثلثيه، سواء القى الزبد أم لا، وقد تعرّضنا لذلك عند البحث فى نجاسته عند المشهور، والكلام فى المقام فى ثبوت حدّ شرب المسكر فى شربه.

فانّه يستدلّ على ذلك بصحيحه معاويه بن عمّار، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفه يأتينى بالبختج ويقول: قط طبخ على الثلث وأنا أعرف أنّه يشربه على النصف، فقال: «خمر، ولا تشربه»(۳).

ولكن قد يناقش فى الاستدلال أنّ لفظ الخمر موجود فى الروايه على نقل الشيخ قدس سره ، وأمّا على نقل الكلينى غير موجود، فلم يثبت تنزيله منزله الخمر حتّى يقال بجريان حدّ شرب الخمر فى شربه، وليس المقام من باب اختلاف الروايتين فى الزياده والنقيصه فى النقل ليقال يؤخذ بالزياده، لأنّ راوى النقيصه لا ينفى الزياده.

كما يناقش فى دلالتها على تقدير وجود لفظ الخمر بأنّه ليس فى البين قرينه على إطلاق التنزيل، والمتيقن منه حرمه الشرب كما وقع السؤال عنها، وبتعبير آخر لو كانت الروايه هكذا: خمر فلا تشربه، كان التفريع قرينه على اطلاق التنزيل،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد المسكر، الحديث ۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد المسكر، الحديث ۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۷، الباب ۷ من أبواب الاشربه المحرمه، ح ۴.

بالغليان ثلثاه أو ينقلب خلاً، وبما عداه إذا حصلت فيه الشده المسكره[١].

الشَرح:

ولكن الموجود: خمر لا تشربه.

ولكن ذكرنا فى نجاسه العصير أنّه لو كانت الروايه: خمر فلا تشربه، لم يمكن لنا الحكم بنجاسه العصير أو جريان سائر أحكام الخمر على العصير، لأنّ الجواب فى الروايه حكم ظاهرى فانّه وقع جواباً عن السؤال عن حكم العصير الذى اخبر ذو اليد الذى يرى جواز شربه على النصف بأنّه مطبوخ على الثلث، ومع إحتمال الصدق فى قوله ذكر سلام اللّه عليه خمر لا ـ تشربه أو فلا تشربه.

ومن المعلوم أنّ التنزيل فى الحكم الظاهرى فى المشكوك تابع للتنزيل بحسب الحكم الواقعى، فان كان تنزيل العصير المغلى منزله الخمر فى خصوص حرمه شربه يكون الثابت فى المغلى المشكوك ذهاب ثلثيه هى الحرمه الظاهريه، وان ذكر النهى عن شربه بنحو التفريع وان كان التنزيل بلحاظ جميع الأحكام يكون الثابت فى المشكوك تمام تلك ا لأحكام، والمتقين من التنزيل بحسب الحكم الواقعى هو التنزيل فى حرمه الشرب.

وذكرنا أيضاً أنّ الفرق بين قوله عليه السلام : خمر لا تشربه، وبين قوله: خمر فلا تشربه، على تقدير كون التنزيل لبيان الحكم والواقعى وإن كان موجوداً، حيث إنّ التفريع ظاهره إطلاق التنزيل وعمومه، إلاّ هذا الظهور زائد على ظهور نفس إطلاق التنزيل، فلا يكون فقده موجباً لعدم ظهور نفس التنزيل فى الاطلاق.

كما أنّ ذكر حكم بعد التنزيل بدون التفريع لا ـ يكون مانعاً عن انعقاد الاطلاق فى التنزيل، فيما كان ذكر ذلك الحكم لكونه محل الابتلاء أو مورد السؤال، نظير ما ورد أنّ ما أصاب المحرم من صيد ميته لا تأكله، حيث إنّ النهى عن الأكل لا يمنع إطلاق التنزيل بلحاظ آثار الميته.

[١] قد ذكرنا فى بحث نجاسه العصير العنبى وعدم نجاسه أنّ حرمه تناوله

حکم الفقاع

وأمّا التمر إذا غلا- يبلغ حدّ الاسكار ففی تحريمه تردّد، والاشبه بقاؤه علی التحليل حتی يبلغ، وكذا البحث فی الزبيب إذا نقع بالماء فغلی نفسه أو بالنار، والاشبه أنّه لا يحرم ما لم يبلغ الشده المسكره.

والفقاع كالنبيذ المسكر فی التحريم[١]، وان لم يكن مسكراً، وفی وجوب الامتناع عن التداوی به والاصطباغ.

الشَرح:

بالغليان إلی يذهب أن ثلثاه ويبقی ثلثه تختص به ولا- تجری فيما عداه من الزبيب أو التمر، وانّ الملاك فی حرمه عصيرهما صيرورته مسكراً، فانّ مع الاسكار يدخل فی قولهم عليهم السلام «كل مسكر حرام».

ويعمه مثل قوله عليه السلام فی معتبره أبی الصباح الكنانی، عن أبی عبداللّه عليه السلام : «كل مسكر من الأشربه يجب فيه كما يجب فی الخمر من الحدّ»(١).

[١] بلا خلاف يعرف عند أصحابنا، ويدلّ عليه صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع، عن أبی الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن الفقاع، قال: «هو خمر وفيه حدّ شارب الخمر»(٢)، وموثقه ابن فضال قال: كتبت إلی أبی الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع، فقال: «هو الخمر وفيه حدّ شارب الخمر»(٣).

ثم إنّ حرمه التداوی بالخمر والفقاع مع إمكان التداوی بغيرهما، ممّا لا ينبغی التأمّل فيها لعدم الاضطرار معه الموجب لارتفاع حرمتهما، وفی مصححه عمر بن أُذينه قال: كتبت إلی أبی عبداللّه عليه السلام أسأله عن الرجل ينعت له الدواء من ريح البواسير فيشربه بقدر اسكرجه من نبيذ ليس يريد به اللّذه إنّما يريد الدواء، فقال:

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب حد المسكر، الحديث ١: ٤٧٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب حد المسكر، الحديث ١: ٤٧٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٧، الباب ٢٧ من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث ٢: ٣٨٧.

واشترطنا الاختيار تفصيّاً من المكره، فانّه لا حدّ عليه ولا يتعلق الحكم بالمتناول ما لم يكن بالغاً عاقلًا، وكما يسقط الحد عن المكره يسقط عمن جهل التحريم أو جهل المشروب[١].

الشَرح:

«لا ولا جرعه انّ اللّه لم يجعل فى شيء مما حرّم دواء ولا شفاء»(١).

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه، قال: سألته عن الدواء هل يصلح بالنبيذ، قال: «لا» إلى أن قال سألته عن الكحل يصلح أن يعجن بالخمر، قال: «لا»(٢).

وفى صحيحه الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن دواء عجن بالخمر، فقال: «لا واللّه، ما أحب أن أنظر إليه فكيف أتداوى به أنّه بمنزله شحم الخنزير أو لحم الخنزير وترون أناساً يتداوون به».

إلى غير ذلك ممّا التزم غير واحد من أصحابنا باطلاقها وشمولها، حتّى لصوره الاضطرار إلى التداوى بهما لعدم امكان التداوى بغيرهما.

ولكن لا ـ يخفى على تقدير شمولها لحاله الاضطرار إلى التداوى لكون المرض يجعله فى معرض الهلاك أو غيره من الضرر اللازم دفعه، فيرفع اليد عن اطلاقها بحديث رفع الاضطرار، نظير الاضطرار إلى لحم الخنزير وشحمه، وما فى بعض الروايات من التعرض لحرمته فى خصوص صوره الاضطرار فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، مع إحتمال أن يكون المراد بالاضطرار خصوص الحاجه لا الاضطرار إلى التحفظ على النفس من الهلاك ونحوه.

[١] قد تقدّم الوجه فى إعتبار الامور الأربعه، ولكن قد ورد فى بعض

١- (١) الوسائل: ١٧، الباب ٢٠ من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٧، الباب ٢٠ من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث ١.

المبحث الثانی: فی کیفیه الحد

ویثبت بشهاده عدلین مسلمین، ولا تقبل فیه شهاده النساء منفردات ولا منضمات[۱]، وبالاقرار مرتین ولا یکفی المرّه، ویشترط فی المقرّ: البلوغ وکمال العقل والحریه والاختیار.

الثانی فی کیفیه الحدّ.

وهو ثمانون جلده، رجلًا کان الشارب أو امرأه، حرّاً کان أو عبداً[۲]،

الشَرح:

الروایات نفی التقیه فی شرب النبیذ، وقد یقال: یستفاد منها عدم جواز شربه مع الاکراه ایضاً، نظیر ما یستفاد ممّا ورد فی نفی التقیه فی إراقه الدم والقتل.

ولکن المراد من نفی التقیه فی شرب النبیذ نظیر نفی التقیه فی المسح علی الخفین هو عدم الحکم بجواز الاول تکلیفاً وبمشروعیه الثانیه وصفاً رعایه للتقیه فی الحکم، وإلاّ ـ فلا ـ یحتمل حرمه شربه إذا اکره علی شربه بالوعید بالقتل أو فی مورد الاضطرار علیه نظیر الاضطرار إلی أکل المیته.

ولذا لم ینضم إلی إراقه الدم والقتل فی الروایات النافیه للتقیه فی القتل وإراقه الدم، بأن یرد: فاذا بلغت التقیه الدم أو شرب النبیذ فلا تقیه.

[۱] لما تقدّم من إطلاق ما دلّ علی اعتبار البینه یعنی شهاده العدلین، ولا تقبل شهاده النساء فی الحدود إلاّ فی الزنا، وانّ الاقرار مرّه کاف فی الثبوت والتعدی عما ورد فی الاقرار بالزنا من حسابه شهاده واحده إلی مثل المقام قیاس، ویؤخذ فی المقام بالاطلاق المتقدّم الدال علی اجراء الحدّ علی المرتکب باقراره بالارتکاب مرّه.

[۲] لا خلاف بین اصحابنا فی أنّ الحدّ فی شرب الخمر ثمانون جلده، ویشهد لذلک موثقه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «کان علی علیه السلام یضرب فی الخمر والنبیذ ثمانین الحر والعبد والیهودی والنصرانی»، قلت: وما شأن الیهودی

....

الشَرح:

والنصرانی؟ قال: «لیس لهم ان یظهروا شربه یکون ذلک فی بیوتهم»(۱).

وفی موثقه الاخری قال: «کان أمیر المؤمنین علیه السلام یجلد الحر والعبد والیهودی والنصرانی فی الخمر والنبیذ ثمانین الحدیث»(۲).

وفی صحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أن یجلد الیهودی والنصرانی فی الخمر والنبیذ المسکر ثمانین جلده إذا اظهروا شربه فی مصر من أمصار المسلمین»(۳).

وفی صحیحه أبی المغرا، عن أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «کان علی علیه السلام یجلد الحر والعبد والیهودی والنصرانی فی الخمر ثمانین»(۴)، ونحوها غیرها.

وما فی بعضها من اطلاق الضرب بثمانین من غیر تقییده بالجلد ینصرف إلی الضرب جلداً، فانّه المعهود فی الحدود والتعزیر خصوصاً بملاحظه صحیحه زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال: «إنّ علیاً علیه السلام کان یقول: إنّ الرجل إذا شرب الخمر سکر، وإذا سکر هذی، وإذا افتری فاجلدوه حدّ المفتری»(۵)، فان المفتری حدّه ثمانون جلده کما تقدّم.

وما یظهر فی بعض الروایات من کفایه الضرب بالنّعال والسعف، کصحیحه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۲: ۴۷۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۳: ۴۷۱.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۴: ۴۷۱.

۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۴: ۴۶۷.

....

الشَرح:

أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قلت له: کیف کان یجلد رسول اللّه صلی الله علیه و آله قال: فقال: «کان یضرب بالنعال ویزید کلّما أتی بالشارب ثم لم یزل الناس یزیدون حتّی وقف علی ثمانین، أشار بذلک علی علیه السلام علی عمر فرضی بها»(۱).

ومثلها صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، وظاهرها أنّ الضرب کذلک کان فی ابتداء الأمر حتّی حصل التعین بثمانین جلده.

ثم إنّ ظاهر الروایات کون الثمانین مترتبه کسائر الحدود فلا یکفی الثمانون متداخله، ولکن فی موثقه زراره قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: «أقیم عبیداللّه بن عمر وقد شرب الخمر فأمر به عمران یضرب، فلم یتقدّم علیه احد یضربه حتّی قام علی علیه السلام بنسعه مثنیه لها طرفان فضربه بها أربعین»(۲).

وفی معتبره قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: «إنّ الولید بن عقبه حین شهد علیه بشرب الخمر، قال عثمان لعلی علیه السلام : اقض بینه وبین هؤلاء الذین زعموا انّه شرب الخمر، فأمر علی علیه السلام فجلد بسوط له شعبتان أربعین جلده»(۳)، ولکنهما حکایه واقعه شخصیه ولعله لملاحظه خصوصیه فی الواقعه، کما تقدّم حکایه مثله فی بعض الموارد من بعض الحدود.

وعدم الفرق بین الرجل والمرأه فهو مقتضی الاطلاق فی مثل صحیحه برید بن معاویه، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «إنّ فی کتاب علی یضرب

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۶۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۲: ۴۶۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۰.

....

الشَرح:

شارب الخمر ثمانين وشارب النبيذ ثمانين»(۱)، وقوله علیه السلام فی صحیحه سلیمان بن خالد: «من شرب الخمر فاجلدوه الحدیث».

وأمّا عدم الفرق بین الحر والمملوک فهو المشهور عند اصحابنا، وعن الصدوق قدس سره التنصیف فی المقام، لکون الحدّ فیه من حقوق اللّه سبحانه، ومال إلیه العلامه فی المختلف کالشهیدین.

ویستدلّ علی ذلک بموثقه ابن بکیر(عن أبی بکر الحضرمی)، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن مملوک قذف حراً، قال: «یجلد ثمانین هذا من حقوق الناس، فامّا ما کان من حقوق اللّه فانّه یضرب نصف الحدّ»، قلت: الذی من حقوق اللّه ماهو؟ قال: «إذا زنی أو شرب الخمر فهذا من حقوق اللّه التی یضرب فیها نصف الحدّ»(۲).

وفی معتبره حماد بن عثمان، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : کم التعزیر، فقال: «دون الحدّ»، قال: قلت: دون ثمانین، قال: «لا، ولکن دون أربعین فانّها حدّ المملوک الحدیث»(۳).

وقد تقدّم أنّ حدّ المملوک فی القذف ثمانون، فیکون حدّ الاربعین حدّاً للمملوک فی شرب المسکر، وفی روایه یحیی بن أبی العلاء عن أبی عبداللّه علیه السلام «کان یقول أبی: حدّ المملوک نصف حدّ الحر»(۴).

ص: ۲۵۶

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۶۸.
۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱۴: ۴۳۷.
۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب بقیه الحدود، الحدیث ۳: ۵۸۴.
۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۹: ۴۷۳.

....

الشَرح:

ولكن روايه يحيى بن أبى العلاء لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، مع أنّها مطلقه بالاضافه إلى حدّ المسكر، فيمكن تقييد اطلاقها بحدّ الزنا، للروايات الدلاله على تسويه حدّ الشرب بين الحرّ والعبد، ورواية حماد بن عثمان لا تدلّ على أنّ حدّ العبد فى شرب المسكر أربعون، فيمكن أن يراد منه حدّ القذف، حيث ورد فى حدّ القذف أنّه فى العبد أربعون، ويمكن كون هذه ايضاً من قبيل الروايه الوارده حدّ القذف.

وأمّا موثقه ت ابن بكير عن أبى بكر الحضرمى، فهى مطروحه عند المشهور لموافقتها للعامه، فيرجح الأخبار الداله على تسويه بين الحر والمملوك فى حدّ شرب الخمر، ولا تصل النوبه إلى التساقط والرجوع إلى القاعده المستفاده من الأخبار، من أنّ الحدّ فى المملوك ينتصف فى حقوق اللّه سبحانه.

لاـ يقال: على ما ذكر لا يبقى للقاعده المزبوره مورد ويكون التنصيف مختصاً برنا المملوك، فانه يقال: قد أخذنا بالعموم فى السحق والتفخيذ والنوم تحت إزار واحد على ما تقدّم، فكيف لا يبقى لها مورد.

وما ذكر الشهيد قدس سره فى وجه ميله إلى الانتصاف، هو أنّ الموثقه للتعليل الوارد فيها أظهر بالاضافه إلى الروايات الوارده فى التسويه، ولكن لاـ يخفى أنّ التعليل لاـ يوجب كونها أظهر، مع أنّ الاـظهريه التى توجب حمل الأخبار عليها ما إذا كانت موجبه للجمع العرفى بين الاخبار، والموثقه مع الاخبار الوارده فى التسويه متباينان فى المدلول متكافئان.

ثبوت الحد على الكافر بتظاهر شرب المسكر

وفى روايه يحدّ العبد أربعين، وهى متروكه، وأمّا الكافر، فان تظاهر به حدّ وان استتر لم يحدّ[۱].

الشَرح:

[۱] ويشهد لجريان الحدّ على الكافر مع تظاهره بالشرب مضافاً الى الاطلاق فى مثل صحيحه بريد بن معاويه قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام : يضرب شارب الخمر ثمانين وشارب النبيذ ثمانين»(۱).

موثقه أبى بصير، عن أحدهما عليه السلام قال: «كان على عليه السلام يضرب فى الخمر والنبيذ الحر والعبد واليهودى النصرانى»، قلت: وما شأن اليهودى والنصرانى؟ قال: «ليس لهم أن يظهروا شربه يكون ذلك فى بيوتهم»(۲).

وفى مضمرته قال: «حدّ اليهودى والنصرانى والمملوك فى الخمر والفريه سواء وأنما صولح أهل الذمه على أن يشربوها فى بيوتهم»(۳)، إلى غير ذلك.

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجلد اليهودى والنصرانى فى الخمر والنبيذ المسكر ثمانين جلده إذا اظهر واشربه فى مصر من أمصار المسلمين، كذلك المجوس، ولم يعرض لهم إذا شربوها فى منازلهم وكنايسهم حتّى يصير بين المسلمين»(۴).

ولا يخفى أنّ ظاهر هذه الروايات أنّ شرب الكافر المسكر بنفسه لا يوجب الحدّ عليه، وإنّما الموجب تظاهره بشربه فى بلاد المسلمين، فلا دلاله لهذه الروايات على تكليف الكفار بالفروع، وانّ عدم اجراء الحدّ عليهم مع شربهم فى

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۱: ۴۶۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسكر، الحديث ۱: ۴۷۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسكر، الحديث ۵: ۴۷۱.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد المسكر، الحديث ۳: ۴۷۱.

كيفيه ضرب شارب المسكر

ويضرب الشارب عرياناً على ظهره وكتفيه، ويتّقى وجهه وفرجه[١]، ولا يقام عليه الحد حتّى يفيق[٢].

الشَرح:

بيوتهم لاقتضاء عقد الذمه، بل ظاهرها عكس ذلك وان اجراء الحدّ عليهم للاشتراط عليهم بعدم الشرب علناً فى أمصار المسلمين فى عقد الذمه.

[١] ظاهر كلام قدس سره أنّ شارب المسكر يجرد لجريان الحدّ عليه عرياناً، حتّى ما لو كان عند الشرب لابساً ويضرب ظهره وكتفاه ويجتنب وجهه وفرجه، ويمكن أن يستظهر الحكم فى المقام من قول أبى جعفر عليه السلام فى موثقه زراره أو مصححته: «يضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده ويضرب على كل عضو ويترك الرأس والمذاكير»(١) وعلى روايه الشيخ قدس سره : ويترك الوجه والمذاكير.

وفى مرسله حريز عمّن أخبره عن أبى جعفر عليه السلام «يفرق الحدّ على الجسد كلّه ويبقى الوجه والفرج ويضرب بين الضربين»(٢).

وفى مصححه أبى بصير التى رواها مضمره، قال: سألته عن السكران والزانى، قال: «يجلدان بالسياط مجرّدين بين الكتفين فامّا الحدّ فى القذف فيجلد على ما به ضرباً بين الضربين».

ويمكن أن يكون ذكر بين الكتفين للاتقاء عن الفرج والرأس، ولو جمعاً بينها وبين ما تقدّم وما ورد فى الزنا أنّ يجلد على كل عضو منه ويتقى فرجه ورأسه أو وجهه، ولا يبعد عدم قدح الاضمار فى مصححه أبى بصير، وعليه فالظاهر اعتبار التجريد، ولكنّه يختص بالرجل حيث إنّ بدن المرأه عوره فاللازم سترها، ولذا يجرى عليها الحدّ قاعده على ما مر فى الجلد للزنا.

[٢] وقد نفى فى الجواهر الخلاف فى ذلك، وعلله بأنّ فائده الحدّ هو

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٣٦٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب حد الزنا، الحديث ۶: ٣٦٩.

واذا حدّ مرتين قتل فی الثالثه، وهو المروی[۱]، قال فی الخلاف: یقتل فی الشَرح:

الانزجار ولا یحصل إلّا بالاجراء بعد الاقامه، ولکن لا یخفی ما فیه من تأخیر الحدّ ولم یعلم انحصار الفائده فی الانزجار خاصه من نفس المرتکب، ولذا یجری الحدّ علی المجنون الحادث جنونه بعد زناه، وکذا فی شرب المسکر وغیره.

[۱] هذا هو المشهور بین الأصحاب، ویشهد لذلک صحیحه سلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه، فان عاد الثالثه فاقتلوه»(۱).

وصحیحه أبی عبیده، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه، فان عاد فاقتلوه»(۲)، ونحوهما صحیحه جمیل بن دراج، وموثقه أبی بصیر وغیرها.

ویقتضیه ایضاً صحیحه یونس بن عبدالرحمن، عن أبی الحسن علیه السلام ، قال: «اصحاب الکبائر کلّها إذا اقیم علیهم الحدود مرتین قتلوا فی الثالثه»(۳).

ومع ذلک المحکی عن الصدوق، والشیخ فی الخلاف والمبسوط، انّه یقتل فی الرابعه، وقد مال إلیه العلامه والشهید ، ولعله بأنّ شرب الخمر لا یزید عن الزنا، ولما روی الکلینی بعد صحیحه المتقدمه، قال جمیل: روی عن بعض أصحابنا أنّه یقتل فی الرابعه، قال ابن عمیر: کأن المعنی أن یقتل فی الثالثه ومن کان انما یؤتی به یقتل فی الرابعه.

أقول: ما ذکره ابن عمیر لا یخلو عن اجمال، ولعل مراده أنّ شارب المسکر یقتل فی الثالثه وإذا فرّ یقتل فی الرابعه، وکیف ما کان، ماقال، جمیل عن روایه

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۳: ۴۷۶.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۲: ۴۷۶.

المبحث الثالث: فی أحکامه

ثبوت الحد بشهاده واحد بالشرب والباقی بالقیء

الرابعه: ولو شرب مراراً کفی حدّ واحد[۱].

الثالث فی احکامه، وفیه مسائل:

الاولی: لو شهد واحد بشربها والآخر بقیئها وجب الحدّ[۲]، ویلزم علی ذلک وجوب الحدّ لو شهدا بقیئها، نظراً الی التعلیل المروی، وفیه تردّد لاحتمال الاکراه علی بعد، ونقل هذا الاحتمال یندفع بانه لو کان واقفاً لدفع به عن نفسه اما لو ادعاه فلا حدّ.

الشَرح:

بعض أصحابنا لا یخرج عن الروایه المرسله التی لا یمکن رفع الید بها عن الأخبار المتقدّمه، خصوصاً مع عدم عمل المشهور بها کما لا یخفی.

ولا یختص الحکم المزبور بشرب الخمربل یجری فی شرب سائر المسکرات، لقول أبی عبداللّه علیه السلام فی صحیحه أبی الصباح الکنانی: «کل مسکر من الاشربه یجب فیه کما یجب فی الخمر من الحدّ»(۱).

[۱] قد تقدّم ذلک فی سائر موجبات الحدّ، حیث إنّ ظاهر الأخبار أنّ ثمانین جلده حدّ لشارب الخمر عند المجیء به فی المره الاولی والثانیه، سواء کانت المره الاولی بعد الشرب مراراً أم لا، وکان نوع المسکر واحداً أم متعدّداً، وکذا الحال فی المره الثانیه.

[۲] قد تقدّم فی کتاب الشهادات أنّ شهاده العدلین إذا کانت بواقعه واحده تکون تلک الشهاده بیّنه، وأمّا إذا کانت شهاده أحدهما بواقعه وشهاده الآخر بواقعه اخری فلا بیّنه، وفی مثل المفروض فی المقام بأن یشهد أحد العدلین بشربه الخمر وشهاده الآخر بقیئها تتحقق البینه بشربه الخمر، حیث إنّ الشهاده بقیئها شهاده بشربها ایضاً، حیث ذکرنا یکفی فی الشهاده بالشیء حسّ لازم ذلک الشیء.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد المسکر، الحدیث ۱: ۴۷۳.

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلك ايضاً روايه الحسن بن زيد عن أبى عبداللّه عليه السلام ،عن أبيه، قال: «أتى عمر بن الخطاب بقدامه بن مظعون وقد شرب الخمر فشهد عليه رجلان أحدهما خصى وهو عمرو التميمى والآخر المعلى بن الجارود، فشهد أحدهما أنّه رأه يشرب وشهد الآخر انّه رأه يقىء الخمر، فقال لأمير المؤمنين: ما تقول يا ابا الحسن فانّك الذى قال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنت اعلم هذه الامه واقضاها بالحق، فانّ هذين اختلفا فى شهادتهما، قال: ما اختلفا فى شهادتهما وما قاءها حتّى شربها»(۱).

ولكن هذه لصعف سندها تصلح للتأييد، ويلزم على السماع أنّه لو شهد كلّ منهما بقيئه الخمر يثبت الشرب، فيتعلّق به الحدّ.

وقد يقال بعدم سماع هذه البينه ولو فرض وحده الواقعه، فانّ الشهاده بالقىء لا تكون شهاده بالشرب بالاختيار ومن غير اكراه حتّى تتم الشهاده بموضوع الحدّ، وإالى ذلك يشير كلام الماتن قدس سره : وفيه تردّد لاحتمال الاكراه.

واجيب عن ذلك بأنّه لو كان فى البين اكراه لتعرض المشهود عليه بأنّه كان مكرهاً عليه فى شربه، فسكوته اعتراف بعدم الاكراه، ولذا لو كان مدعياً الاكراه لم يحدّ.

أقول: إذا كان الشخص ممّن يحتمل فى حقّه الاشتباه أو الجهل بكون المشروب خمراً أو الاكراه عليه، فلا يحرز موجب الحدّ وسكوته وعدم اظهاره بأنّه كان مكرهاً عليه لاعتقاده عدم الاعتناء بدعواه أو لنسيانه أن يذكره لدهشته.

ص :۲۶۲

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد المسكر، الحديث ۱: ۴۸۰.

حكم من شرب الخمر مستحلاً

الثانيه: من شرب الخمر مستحلاً استتيب، فان تاب اقيم عليه الحدّ وان امتنع قتل، وقيل: يكون حكمه حكم المرتد، وهو قوى[۱]،

الشَرح:

والحاصل أنّ الروايه مع ضعفها سنداً وورودها فى واقعه لعلّها كانت مقترنه بما يوجب العلم بانتفاء الاكراه أو الشبهه لا تكون صالحه لرفع اليد عن القاعده المستفاده من الروايات، من ثبوت موجب الحدّ بالشهاده بالموجب أو اصل الارتكاب بالبينه وسائر خصوصياته بالعلم.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما لو شهد احدهما بالشرب والآخر بالقيء، وأنّه يثبت بشهادتهما إذا لم يحتمل فى حقه الاكراه عليه أو الجهل بالمشروب، وكذلك فى المورد الذى شهد كل منهما بقيئه الخمر.

[۱] المحكى عن الشيخين وجمع آخر أنّه من شرب الخمر مستحلاً شربه يستتاب فان تاب اقيم عليه الحدّ وإلّا يقتل بعد اقامه الحدّ عليه، بلا فرق فى المستحلّ بين كون إسلامه بعد كفره أو كان إسلامه فطرياً، وفى مقابل ذلك أنّ المستحلّ إذا لم يكن استحلاله عن الشبهه والجهل بحرمته، كما إذا كان جديد الإسلام يحكم بارتداده فيجرى عليه حكم المرتد ملياً أو فطريّاً، وأمّا إذا احتمل فى حقه الجهل والشبهه فلا يقام عليه الحدّ.

ويستدلّ على ما ذهب إليه الشيخ والمفيد واتباعه ما ارسله المفيد قدس سره فى الارشاد، قال: روت العامه والخاصه أنّ قدامه بن مظعون شرب الخمر فأراد عمر أن يحدّه، فقال: «لا يجب علىّ الحدّ أنّ اللّه يقول: «لَيْسَ عَلَى الَّذينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحاتِ جِنَاحٌ فِيما طَعِمُوا إذا مَا اتَّقوا وَآمَنُوا»(۱)، فدرء عنه عمر الحدّ، فبلغ ذلك أمير المؤمنين عليه السلام فمشى إلى عمر فقال: ليس قدامه من أهل هذه الآيه ولا من سلك

۱- (۱) المائده: ۹۳.

....

الشَرح:

سبيله فى ارتكاب ما حرم اللّه، انّ الـذين آمنوا وعملوا الصالحات لا يسـتحلّون حراماً، فاردد قدامه فاسـتتبه ممّا قال، فان تاب فاقم عليه الحـدّ وان لم يتب فاقتله، فقـد خرج عن الملّه فاستيقظ عمر لذلك، وعرف قدامه الخبر فاظهر التوبه والاقلاع فدرأ عنه القتل ولم يدر كيف يحدّه الحديث»(١).

وفى صـحيحه عبـداللّه بن سـنان قـال أبو عبـداللّه عليه السـلام : «الحـدّ فى الخمر أن يشـرب منهـا قليلًا أوكثيراً، ثم قال: أتى عمر بقدامه بن مظعون وقد شـرب الخمر وقامت عليه البينّه، فسأل علياً عليه السـلام فأمره ان يجلد ثمانين، فقال قدامه: يا أمير المؤمنين ليس عليَّ حدّ أنا من أهل هذه الآيه: «وَلَيْسَ عَلَى الذَّينَ آمَنُوا وَعَمِلوُوا الصَّالِحاتِ جِنَاحٌ فِيما طَعِمُوا»، فقال عليه السلام «لست من أهلهـا إنّ طعـام أهلهـا لهم حلالـ ليس يـأكلون ولا يشـربون إلاّ ما أحل اللّه لهم، ثم قال: إنّ الشارب إذا شـرب لم يـدر ما يأكل ويشرب فاجلدوه ثمانين جلده»(٢).

ولا دلاله للصـحيحه على اسـتحلاله شـرب الخمر بل ظاهرها دعوى قـدامه عـدم وجوب الحـدّ عليه بشـربه الخمر لكونه مؤمناً وله سابقه اعمال صالحه، فارتكابه الشرب المحرم أو اكله المحرم لا يوجب الحدّ عليه، وهذا ليس من الانكار الضرورى.

وأمّا المرسـله فلضـعفها بالارسال لا تصـلح لرفع اليـد عمّا دلّ على حكم المرتـد من الملّى أو الفطرى، ويحتمل ايضاً أنّ ارتداده، كان ملياً، ولذا أمر بالاستتابه حيث كان يعلم بحرمه شرب الخمر للكلّ بعدإسلامه، ومع ذلك أنكر

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب حد المسكر، الحديث ١: ۴۶۵.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد المسكر، الحديث ۵: ۴۹۷.

وأمّا سائر المسكرات فلا يقتل مستحلها لتحقق الخلاف بين المسلمين فيها[١]، ويقام الحدّ مع شربها، مستحلاً أو محرّماً.

الشَرح:

حرمه شربه على مثله، وعلى الجمله ما تضمنته المرسله فضيه شخصيه يحتمل كون الحكم فيها على طبق حكم الأرتداد الملّى.

[١] مراده قدس سره أنّ حرمه غير الخمر من المسكرات غير ضرورى من الدين فلا يكون استحلالها موجباً للكفر، ولذا يقام عليه الحدّ، سواء شرب غير الخمر من المسكر مستحلاً أو محرماً، وقد صرح المسالك بأنّ الانكار الموجب للكفر يختصّ بانكار ما انعقد على ثبوته اجماع علماء الاُمه، فيكون ثبوته ضرورياً، وهذا منتف فى حرمه غير الخمر من سائر المسكرات.

وفى كلام بعض الأصحاب أنّه لو شرب الحنفى النبيذ المسكر وإن قلّ يحدّ ولو مع استحلاله شربه، لأنّ النصوص قد دلت على أنّ شارب المسكر يحدّ، والفرق بينه وبين الحربى أنّ الحربى غير المسلم بخلاف الحنفى.

أقول: قد تقدّم فى بحث نجاسه الكافر كون انكار الضرورى من الدين موجباً للكفر لاستلزامه تكذيب النبى صلى الله عليه و آله ، وإذا علم منكر غيره ايضاً أنّ الحكم المزبور صادر عن النبى صلى الله عليه و آله ومع ذلك أنكره يحكم بكفره.

نعم، الفرق بين ضرورى الدين وغيره أنّ دعوى الجهل فيه لاـ تسمع ممّن لاـ يمكن فى حقه الجهل عاده لكونه عاش بين المسلمين برهه من الزمان، بخلاف غير الضرورى فانّه يمكن عاده الجهل به، فمع إحتمال الجهل فى حق مدعيه لا يجرى عليه الحدّ مع عدم العلم بالخلاف.

وعلى ذلك، فالاطلاق فى عباره الماتن من أنّه يقام الحد على متناول سائر المسكرات مستحلاً أو محرماً لا يخلو عن الاشكال، فانّ المستحلّ إذا كان يعلم

حكم من باع الخمر مستحلاً

الثالثه: من باع الخمر مستحلاً يستتاب، فان تاب وإلاّ قتل[1]، وان لم يكن مستحلاً عزر، وما سواه لا يقتل وان لم يتب بل يؤدّب.

الشَرح:

بأنّ حرمه غير الخمر من النبيذ المسكر من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله يكون استحلاله انكاراً لقول النبى صلى الله عليه و آله فيحكم بكفره، كما أنّ استحلاله لو كان للاعتقاد بحليته والغفله عن حرمته لا يحزى عليه الحدّ، فانّه إذا لم يكن على الجاهل بحرمه شرب الخمر حدّ فكيف يثبت الحدّ للجاهل والمعتقد بالحليه فى سائر المسكرات، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى صحيحه عبدالصمد بن بشير: «ايما أمرء ارتكب امراً بجهاله فلا شيء عليه»(1).

وقوله عليه السلام فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لو أنّ رجلاً دخل فى الإسلام وأقرّ به ثم شرب الخمر وزنى وأكل الربا ولم يتبين له شيء من الحلال والحرام لم أقم عليه الحدّ إذا كان جاهلاً إلاّ ان تقوم البيّنه أنّه قرأ السوره التى فيها الزنا والخمر وأكل الربا وإذا جهل ذلك اعلمته واخبرته، فان ركبه بعد ذلك جلدته وأقمت عليه الحدّ»(2).

نعم، لا يبعد الالتزام باقامه الحدّ على الجاهل المقصر وغير المبالى بشرب المسكر حتّى لو كان عالماً بحرمته، كما يستظهر ذلك ممّا ورد فى ذيل صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه من قوله عليه السلام : «ان الشارب إذا شرب ولم يدر ما يأكل ولا يشرب فاجلدوه ثمانين جلده».

[1] ولعلّ الفرق بين شرب الخمر مستحلاً حيث قوى فيه الحكم بالارتداد وبين بيعها مستحلاً لبيعها، أنّ حرمه شربها من ضروريات الدين بخلاف حرمه

ص: 266

1- (1) الوسائل: 9، الباب 45 من أبواب حد تروک الاحرام.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 323.

سقوط الحد عن شارب الخمر بالتوبه قبل قيام البينه

الرابعه: إذا تاب قبل قيام البيّنه سقط الحدّ، وان تاب بعدها لم يسقط، ولو كان ثبوت الحدّ باقراره كان الامام مخيّراً بين حدّه وعفوه، ومنهم من منع من التخيير وحتم الاستيفاء هنا، وهو اظهر[١].

الشَرح:

بيعها، ولذا يستتاب من بيعها والاستحلال فان تاب فهو وإلاّ يقتل، وأمّا إذا لم يكن مستحلاً لبيعها يعزر على بيعها كالتعزير على ارتكاب سائر المحرمات، هذا بالاضافه إلى بيع الخمر، وأمّا بيع سائر المسكرات فلا يقتل مستحل بيعها وان لم يتب عن استحلاله بل يؤدب أى يعزر.

وعلى الجمله إذا كان مستحلاً لبيع الخمر مع إعلام حرمه بيعها عند المسلمين يكون استحلاله بيعها تكذيباً للنبى صلى الله عليه و آله ، بخلاف حرمه بيع سائر المسكرات، فانّ حرمه بيعها خلافى ولو من العامه، فلا يكون استحلال بيعها بعد إعلامه تكذيباً للنبى صلى الله عليه و آله ، غايته تكذيبه الأئمه، وهذا لا يوجب الكفر.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ شرب الخمر من ضروريات الدين وانكار الضرورى من الدين ان كان موجباً للكفر نفسه فلا يجرى ذلك فى بيع الخمر، فانّ حرمه بيعها من المسلمات من الدين لا من ضروريات الدين، فلا يوجب استحلاله الكفر، وان كان انكار الضرورى كفراً لاستلزامه تكذيب النبى صلى الله عليه و آله فلا يجرى ذلك فى المسلمات إذا لم يعتقد المستحل لبيعها بكون الحكم المزبور من النبى صلى الله عليه و آله ، ولو اعتقد بكونه من النبى ومع ذلك أنكره يكون ذلك تكذيباً للنبى حتّى فيما إذا لم يكن الحكم من المسلمات عند عامه الناس.

[١] قد تقدّم الكلام فيما ذكروا من أن المرتكب إذا تاب قبل قيام البينه بارتكابه سقط عنه الحدّ وان تاب بعد قيامها لم يسقط، وعلى ما ذكر فتوبه الشارب قبل قيام البينه بشربه وتوبته بعد قيامها بشربه من صغريات تلك الكبرى.

تتمه فی بیان مسائل ثلاث

تتمه تشتمل علی مسائل:

الاولی: من استحل شیئاً من المحرمات المجمع علیها، کالمیته والدم والربا

الشَرح:

وقد تقدّم ایضاً أنّه إذا قامت البینه بالارتکاب فلیس للحاکم خیار العفو، وأمّا إذا کان ثبوت الارتکاب بالاقرار، فللحاکم العفو عن المرتکب، وقال بعض الاصحاب: أنّ الشرب إذا ثبت باعتراف الشارب فلیس للحاکم العفو بل علیه اقامه الحدّ علی الشارب، وذکر الماتن أنّ هذا هو الاظهر، ولعلّه لاختصاص ما ورد فی العفو بالرجم وقطع الید، ولا یجری فی موارد کون الحدّ جلداً کما فی المقام.

ولکن لا ـ یخفی أنّ للحاکم العفو فی جمیع الحدود إذا کان ثبوت الارتکاب بالاقرار، سواء کان الحدّ رجماً أو قطعاً أو جلداً، کما هو المستفاد من صحیحه ضریس الکناسی، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یعفی من الحدود التی للّه دون الإمام، فامّا ما کان من حق الناس فی حدّ فلا بأس بأن یعفو عنه دون الإمام(۱).

فانّ ظاهرها أنّ الحدّ الذی یکون من حقوق الناس ولغیر الإمام ایضاً العفو عنه یکون العفو عنه فی حقوق اللّه للإمام، وإذا انضم إلی ذلک جواب علی علیه السلام من اعتراض الاشعث: أتعطّل حدّاً من حدود اللّه فقال: «ما یدریک ما هذا إذا قامت البینه فلیس للإمام أن یعفو وإذا أقرّ الرجل علی نفسه فذاک الی الإمام ان شاء عفا وان شاء قطع»(۲).

یکون المستفاد نفوذ عفوه فی حدود اللّه إذا کان الثبوت بالاقرار، وذکر القطع لکون الحدّ فی المورد قطعاً لا لاختصاص نفوذ عفوه بالقطع.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۱: ۳۳۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۳۱.

ولحم الخنزير، ممن ولد على الفطره يقتل[۱]، ولو ارتكب ذلک لا مستحلًا عزّر.

الثانيه: من قتله الحدّ أو التعزير فلا ديه له[۲]، قيل: تجب على بيت المال، والأوّل مرويّ.

الشَرح:

[۱] استحلال شيء من المحرمات التى تكون حرمتها من المتسالم عليه بين علماء الإسلام، كالمحرمات الوارده فى الكتاب المجيد يوجب ارتداد المستحل، فاذا كان مولوداً على الفطره بأنّ كان أبواه أو أحدهما مسلماً يقتل بارتداده بالاستحلال، وان لم يكن مولوداً على الفطره يستتاب فان تاب فهو وإلّا يقتل.

وهذا ظاهر كلام الماتن بالاضافه إلى الاستحلال من المحرمات المزبوره فان التقييد فى كلامه ممّن ولد على الفطره يقتضى ذلک، وأمّا بالاضافه إلى غير المستحل فالثابت على المرتكب هو التعزير.

قد تقدمّ أنّ الاستحلال بنفسه لا يوجب الكفر، ولابُدّ فى ايجابه الكفر الانكار وتكذيب النبى صلى الله عليه و آله .

[۲] على المشهور بين الأصحاب، بلا فرق بين كون الحدّ للّه سبحانه أو من حقوق الناس، ويشهد لذلک مثل صحيحه أبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل قتله القصاص له ديه، فقال: «لو كان ذلک لم يقتصّ من أحد وقال: من قتله الحدّ فلا ديه له»(۱)، وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أيّما رجل قتله الحدّ أو القصاص فلا ديه له»(۲)، إلى غير ذلک.

وفى محكى المبسوط أنّ ذلک فى حقوق اللّه سبحانه، وأمّا فى حقوق الناس فيكون ديته على بيت المال، وفى المبسوط ايضاً من مات بالتعزير ففى بيت المال

ص: ۲۶۹

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۱: ۴۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۹: ۴۷.

الثالثه: لو اقام الحاكم الحدّ بالقتل فبان فسوق الشاهدين، كانت الديه فى بيت المال[١] ولا يضمنها الحاكم ولا عاقلته، ولو أنفذ الحاكم الى حامل لاقامه حدّ فاجهضت خوفاً، قال الشيخ: ديه الجنين فى بيت المال، وهو قوى، لانه خطأ وخطأ الحاكم فى بيت المال، وقيل: يكون على عاقله الامام، وهى قضيه عمر مع على عليه السلام .

الشَرح:

المسلمين لأنّ التعزير ليس حدّاً.

ويستدلّ على ذلك بروايه الحسن بن صالح الثورى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فديه علينا»(١).

وفيه مضافاً إلى ضعفها سنداً، إنّ دلالتها على ما ذكر مبنيه على كون الضمان على الإمام ليكون مقتضياً لثبوت الضمان على بيت المال، ومقتضى مناسبه الحكم والموضوع عدم الفرق فى نفى الديه بين كون القتل بالحدّ أو بالتعزير فيما إذا لم يكن التعدّى فى اجرائهما.

[١] على المشهور بين الأصحاب، بل لم يحك الخلاف إلاّ عن ظاهر الحلبى، ويشهد له ما فى موثقه أبى مريم الأنصارى، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام ما أخطأت به القضاه فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين».

فلا يجرى عند خطأه فى الحكم الموجب للقتل حكم القتل بالخطأ المحض ليكون الديه على عاقلته، ولا شبه العمد لتكون فى ماله وبيت مال المسلمين معدّ للصّرف فى مصالح المسلمين والقضاء وتدارك خطأ القاضى بموازين القضاء على تقديره منها.

١- (١) الوسائل: ١٩، الباب ٢٤ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٣: ۴۶.

....

الشَرح:

ثم إن الماتن قدس سره تعرّض لبعض صغريات خطأ القاضی، منها ما تقدّم فی حدّ الزانی والزانیه انّ الحدّ لا یقام علی حامل حتّی تضع حملها وبرئت من نفاسها، ولو أخطأ القاضی لعدم علمه بکون المرأه حاملاً فأرسل إلیها من یقیم الحدّ علیها، فأسقطت المرأه من روعتها حملها یکون دیه الجنین علی بیت مال المسلمین کما ذکر الشیخ قدس سره ، بل نسبه فی المسالک إلی الأکثر، وعن ابن ادریس دیه الجنین تکون علی عاقله الحاکم.

ویستدلّ علی ذلک بما فعله عمر فی ارساله من یقیم الحدّ إلی امرأه حامل لاقامته علیها، وقول علی علیه السلام فیه، ففی روایه یعقوب بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «کانت امرأه توتی فبلغ ذلک عمر فبعث إلیها فروّعها وأمر ان یجاء بها إلیه ففزعت المرأه فأخذها الطلق فذهبت إلی بعض الدّور فولدت غلاماً فاستهل الغلام ثم مات، فدخل علیه من روعه المرأه ومن موت الغلام ما شاء اللّه، فقال له بعض جلسائه: یا أمیر المؤمنین ما علیک من هذا شیء، وقال بعضهم: وما هذا، قال: سئلوا أبا الحسن علیه السلام ، فقال لهم أبو الحسن علیه السلام : لئن کنتم اجتهدتهم ما اصبتم ولئن کنتم برأیکم قلتم لقد أخطأتم، ثم قال: علیک دیه الصبی»(۱).

ولکن الروایه موردها قضیه خاصه فیها إحتمل الخصوصیه کما لا یخفی علی اهله، مع أنّه قوله علیه السلام : «علیک دیه الصبی»، لا تدلّ علی أداء الدیه من ماله أو عاقلته، فیحتمل ادائها من بیت المال.

نعم، علی روایه الارشاد فقال علی علیه السلام : «الدیه علی عاقلتک لأنّ قتل الصبی

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۳۰ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۱: ۲۰۰.

ولو أمر الحاكم بضرب المحدود زياده عن الحدّ فمات فعليه نصف الديه فى ماله ان لم يعلم الحداد لانّه شبه العمد[۱]، ولو كان سهواً فالنصف على بيت مال المسلمين، ولو أمر بالاقتصار على الحدّ فزاد الحدّاد عمداً فالنصف على الحدّاد فى ماله، ولو زاد سهواً فالديه على عاقلته، وفيه احتمال آخر.

الشَرح:

خطأ تعلّق بك» ولكن ما فى الارشاد مرسله، وعلى تقدير ثبوت النقل لا يضرّ بما عليه المشهور، لأنّ حكمهم فيما كان التصدى للحكم وإقامه الحدّ ممّن هو أهله.

[۱] إذا استند موت الشخص من فاعل الى فعلين أحدهما جائز والآخر غير جائز، فان كان الفاعل يريد قتله بهما فعليه القود، فان اراد ولى المقتول القصاص عنه يدفع الى اوليائه نصف الديه، لجواز أحد لفعلين بل وجوبه، وإلاّ أخذ من الفاعل نصف ديه ميتهم.

وأمّا إذا لم يرد الفاعل موته ولم يكن السبب بكلا جزئيه ممّا يقتل الشخص عاده، ولكن اتّفق موته بهما ولو بالسرايه يؤخذ من الفاعل نصف الديه، لأنّ موته بالاضافه الى السبب من قبيل شبه العمد، على ما يأتى بيانه تفصيلًا فى كتاب القصاص والديات ان شاء اللّه تعالى، والحال فى أمر الحاكم الحدّاد بضرب المحدود، كذلك إذا لم يعلم الحدّاد الحال، فانّه مع جهله يستند موته الى الحاكم.

نعم، لو كان امره بالزياده سهواً منه، كماإذا نسى أنّ المحدود شارب الخمر واعتقد انّه الزانى فأمره بضربه مائه فمات بضربها فالديه على بيت المال، لما تقدّم من أنّ خطأه يتدارك من بيت المال، وهذا ايضاً مع جهل الحداد بالحال وإلاّ لم يجز ضرب الزياده فانّ ضرب الزياده ضمن هو، لأنّ القتل مع التفات المباشر وعلمه بالحال يستند إليه.

ولكن لا يخفى المناقشه فى الحكم المزبور بأنّ تمام الديه يكون على

....

الشَرح:

الحاكم مع فرض جهل الحداد، ومع علمه بالحال يكون تمامها عليه لأنّ تقسيط الديه الى فعلين انما هو مع تعدد الفاعل والجانى لا فى صوره تعدّده مع وحده الفاعل، حيث انّ الموت دائماً يستند الى الزياده كما هو المفروض فى المقام.

وما ذكر قدس سره فى آخر كلامه: وفيه احتمال آخر، يمكن تفسيره بوجهين:

أحدهما: ما اشرنا إليه من أنّ الموت حيث يستند الى الموجب الاخير مع وحده الفاعل فيحتمل كون تمام الديه على الحداد أو عاقلته.

وثانيهما: أنّه يقسط الديه على عدد الاسواط فيثبت منها بحسب زياده الاسواط التى حصل معها الموت، فاذا ضربه مائه سوط مع استحقاقه ثمانين يتعلّق بالحداد أو عاقلته عشرون سهماً من سهام الديه التى يفرض مائه سهم، وقد ظهر مما تقدّم عدم وجه صحيح لهذا الاحتمال، واللّه العالم.

ص :۲۷۳

الباب الخامس: حد السرقه

شروط السارق

فی حدّ السرقه، والکلام فی السارق والمسروق والحجّه والحدّ واللواحق.

الاول: فی السارق ویشترط فی وجوب الحدّ علیه شروط:

الاول: البلوغ[۱]، فلو سرق الطفل لم یحدّ ویؤدّب ولو تکرّرت سرقته، وفی النهایه: یعفی عنه اوّلاً، فان عاد أدب، وان عاد حکت انامله حتی تدمی، فان عاد قطعت انامله، فان عاد قطعت کما یقطع الرجل، وبهذا روایات.

الشَرح:

[۱] الکلام فی المقام یقع فی شرائط السارق فی تعلّق الحدّ به، وما یعتبر فی المال المسروق، وما یثبت به السرقه، وبیان حدّها واللواحق.

أمّا شرائط السارق، فمنها: البلوغ فلا یحدّ الصبی بسرقته بالحدّ المتعلّق بالبالغ، فانّه مقتضی رفع القلم والحدّ عن الصبی، نعم یؤدّب کما فی ارتکابه سائر القبائح، حتّی إذا تکررت سرقته بعد تأدیبه أولاً، ولکن عن نهایه الشیخ قدس سره أنّه یعفی عنه أولاً فانّ عاد أدب، فان عاد حکّت أنامله حتّی تدمی، فان عاد قطعت أنامله، فان عاد قطع کما یقطع البالغ، وذکر الماتن قدس سره : وبهذا روایات.

أقول: ما ورد فی سرقه الصبیان، منها صحیحه عبداللّه بن سنان، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الصبی یسرق، قال: «یعفی عنه مرّه ومرتین ویعزر فی الثالثه، فانّ عاد قطعت أطراف أصابعه، فان عاد قطع أسفل من ذلک»(۱).

وصحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قال: «إذا سرق الصبی عفی عنه، فانّ عاد عزر، فان عاد قطع أطراف الأصابع، فان عاد قطع اسفل من ذلک»(۲).

ومقتضی الجمع بینهما حمل التعزیر فی الصحیحه الثانیه بکون العود فی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۲۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۲۳.

....

الشَرح:

المره الثانیه، حیث إنّ ظاهر الاولی کون المره والمرتین قید للسرقه، وأنّه یعفی عن الصبی فیهما ویعزر فی الثالثه.

وقد ورد العفو بمرتین فی صحیحه محمّد بن مسلم عن أحدهما علیه السلام ، قال: سألته عن الصبی یسرق، فقال: «إذا سرق مرّه وهو صغیر عفی عنه، فانّ عاد عفی عنه، فان عاد قطع بنانه، وان عاد قطع أسفل من ذلک»(۱).

ویمکن تقیید إطلاق قطع بنانه فی هذه الصحیحه بما فی صحیحه عبداللّه بن سنان بکونه مسبوقاً بالتعزیر فی المره الثالثه، ولکن فی صحیحه عبداللّه بن سنان الاخری، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الصبی یسرق، قال: «یعفی عنه مرّه فان عاد قطعت أنامله أو حکّت حتّی تدمی، فان عاد قطعت اصابعه، فان عاد قطع أسفل من ذلک»(۲).

فانّه، وإنّ یمکن تقیید هذه بما فی الصحیحه الاولی وصحیحه محمّد بن مسلم من العفو بمرّه أخری ایضاً، ولکن ظاهرها حکّ الأنامل حتّی تدمی أو قطعها بعد العفو بمرّه ومرتین، وعلیه یرفع الید عن إطلاق صحیحه عبداللّه بن سنان الأولی فی تعیین التعزیر فی المرتبه الثالثه، بحملها علی التخییر بین التعزیر وحکّ اطراف الأصابع حتّی تدمی أو قطع الأنامل أو أطرافها، فیکون التخییر فی المره الثالثه بین الامور الأربعه من التعزیر وحکّ أطراف الأصابع حتّی تدمی أو قطع الأنامل أو قطع اطرافها.

ویشهد لکون قطع الأنامل فی المره الثالثه موثقه إسحاق بن عمار، عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۴: ۵۲۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۷: ۵۲۴.

....

الشَرح:

أبی الحسن علیه السلام ، قال: قلت: الصبی یسرق، قال: «یعفا عنه مرتین، فان عاد الثالثه قطعت أنامله، فان عاد قطع المفصل الثانی، فان عاد المفصل الثالث وترکت راحته وابهامه»(۱).

والمتحصل، یکون مقتضی الجمع بین الروایات المتقدمّه الالتزام بالعفو مرتین، وأنّه یتخیر فی الثالثه بین الامور الأربعه حکّ الاصابع والتعزیر وقطع الأنامل وقطع اطرافها، وأنّه یتعین فی المره الرابعه قطع الاصابع من المفصل الثانی، وفی المره الخامسه جریان تمام الحدّ.

ولکن فی صحیحه محمّد بن مسلم الاخری أنّ قطع الأنامل أو حکّها حتّی تدمی، کذلک قطع المفصل الثانی فیما إذا کانت سرقته بعد کمال سبع سنین، وأنّ جریان تمام الحدّ فیما إذا کانت سرقته بعد کمال تسع سنین، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن الصبی یسرق، فقال: «إن کان له سبع سنین أو أقلّ رفع عنه، فإنّ عاد بعد سبع سنین قطعت بنانه أو حکّت حتّی تدمی، فإنّ عاد قطع أسفل من بنانه، فإنّ عاد بعد ذلک وقد بلغ تسع سنین قطع یده ولا یضیّع حدّ من حدود اللّه»(۲).

ویقال: انّه بهذه الصحیحه ترفع الید عن اطلاق مثل موثقه اسحاق بن عمار الدّاله علی قطع الأنامل والمفصل الثانی، وتمام الحدّ فی المرّه الثالثه والرابعه والخامسه، حیث انّ مقتضی اطلاقها عدم الفرق بین کون الطفل فی السابعه والتاسعه ام لا.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۵: ۵۲۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۲: ۵۲۵.

الثانی: العقل، فلا یقطع المجنون[۱] ویؤدّب وان تکرّرت منه.

الشَرح:

هذا، ولکن النسبه بین الموثقه وهذه الصحیحه العموم من وجه، لدلاله الموثقه علی العفو فی المره الثانیه، سواء کانت قبل سبع سنین أو بعده، والصحیحه داله علی قطع أنامله أو حکّها حتّی تدمی بعد سبع سنین، سواء کانت سرقته المره الثانیه أو الثالثه، فلا تعارض بینهما إذا کانت المره الثانیه قبل اکمال سبع سنین، کما أنّه لا تعارض بینهما إذا کانت المره الثالثه عوداً الی السرقه بعد اکمال سبع سنین.

ویتعارضان فیما کانت المره الثانیه بعد اکمال سبع سنین، حیث إنّ الموثقه تقتضی العفو ومقتضی الصحیحه قطع انامله أو حکّها، کما تتعارضان فیما کانت المرّه الثالثه قبل إکمال سبع سنین، فانّ مقتضی الموثقه قطع أنامله ومقتضی الصحیحه العفو عنها لکونها قبل سبع سنین، فیتساقطان فی مورد تعارضهما فیرجع الی عموم رفع القلم عن الصبی، وانّه لا یجری علیه الحدود، فالنتیجه عدم الأمر بقطع الأنامل والحک فی المره الثانیه أو حتّی فی الثالثه إذا کانت قبل اکمال سبع سنین.

ویبقی مع ذلک فی النفس شیء وهو إنّ ظاهر ذیل صحیحه محمّد بن مسلم جریان الحدّ واقامته علی الصبی بعد اکماله تسع سنین ولا یختص الجریان بحدّ السرقه بل یجری علیه جمیع الحدود، فتکون الصحیحه من قبیل ما دلّ علی بلوغ الصبی فی تسع سنین، ولذا یشکل الاعتماد علیها، واختلاف الروایات الوارده فی المقام یعطی حملها علی ما یقتضیه نظر الحاکم فی ردعه وأدبه بالتعزیر والادماء، بل وقطع لحم اصابعه.

[۱] إذا سرق المجنون حال جنونه لم یقطع لرفع القلم عن المجنون ولا یتعلّق به الحد، سواء کان جنونه أدواریاً أو مطبقاً.

اشتراط الحد بارتفاع الشبهه

الثالث: ارتفاع الشبهه[۱]، فلو توهّم الملک فبان غیر مالک لم یقطع، ولذا لو کان المال مشترکاً فاخذ ما یظن انّه قدر نصیبه.

الشَرح:

نعم إذا سرق حال عقله ثم جنّ یبعد القول باقامه الحد علیه، نظیر ما تقدّم إذا زنی حال عقله ثم صار مجنوناً، حیث إنّ الارتکاب قد وقع حال تکلیفه واجراء الحدّ علیه من وظیفه الحاکم، فوجوب اقامته علیه لا ینافی رفع القلم عن المحدود حال اقامته.

وکیف کان فیؤدّب المجنون بما یرتدع عنه عن السرقه، إذا کان بحیث یمکن ان یرتدع بالتادیب.

ویمکن استفاده ذلک ممّا ورد فی سرقه الصبی حتّی إذا توقف ارتداعه بقطع أنامله جاز ذلک، بل لزم تحفظاً علی نظم البلاد وأمنها.

[۱] ویدلّ علی اعتبار ارتفاعها قوله علیه السلام فی صحیحه عبدالصمد بن بشیر المتقدمه، من قوله علیه السلام : «أیّ امرء ارتکب شیئاً بجهاله فلا شیء علیه»، بل لا یحتاج نفی الحدّ عن المعتقد بأنّ المال ملکه وأنّ له تخلیصه ممّن بیده الی الدلیل علی نفی الحدّ، حیث لا یصدق علیه عنوان السارق، کذلک ما إذا کان مالکاً أو مستحقّاً من المال الذی أخذ منه ما یعتقد أنّه بمقدار حصته أو استحقاقه.

ومن ذلک أخذ المستحقّ من الغیمه أو من بیت مال المسلمین ما یظنّ انّه مقدار استحقاقه، وهذا ایضاً مقتضی الجمع بین الروایات ، کصحیحه محمّد بن ابن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال فی رجل أخذ بیضه من المغنم فقالوا: قد سرق اقطعه، فقال: لم اقطع أخذاً له فیما أخذ شرک»(۱).

وصحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قلت: رجل سرق من

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۱۹.

....

الشَرح:

المغنم أيشن الذى يجب عليه أيقطع، قال: «ينظركم نصيبه فان كان الذى أخذ أقل من نصيبه عزّر ودفع اليه الإمام تمام ماله، وان كان أخذ مثل الذى له فلا شىء عليه، وان كان أخذ فضلاً بقدر ثمن مجنّ وهو ربع الدينار قطع»(١).

قريب منها روايته عن أبى عبداللّه عليه السلام ، فيحمل نفى القطع فى صحيحه محمّد بن قيس على ما كان المأخوذ أقلّ أو بقدر حصّيته، وحيث انّه لا يعلم مقدار الحصه فى مثل المغنم عاده يكون الملاک فى مقدار حصته أو الأقل ظن الآخذ، وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن البيضه التى قطع فيها أمير المؤمنين عليه السلام قال: كانت بيضه حديد سرقها رجل من المغنم فقطه»(٢)، ولكن يفرض فيها كون الآخذ كانت له حصّيته فى المغنم، بل ظاهر سرقته عدم الحق له فيها.

وأمّا فى روايه يزيد بن عبدالملک عن أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهم السلام ، قال: «إذا سرق السارق من البيدر إمام جائر فلا قطع عليه انّما أخذ حقّه وإذا كان من إمام عادل عليه القتل»، فلا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها، وعدم عامل بها، ومعارضتها لما تقدّم، ومخالفتها للكتاب المجيد، فان حدّ السارق فيه قطع اليد لا القتل.

ثمّ إنّ ما تقدّم من الروايات، وان كانت وارده فى السرقه من المغنم، إلاّ أن تعليل الحكم فى روايه مسمع بن عبدالملک، والكبرى الكلّيه الوارده فى جواب على عليه السلام فى صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، مقتضاهما عدم الفرق بين السرقه

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵١٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ٣: ۵١٨.

اشتراط إخراج المسروق

الرابع: ارتفاع الشركه، فلو سرق من مال الغيمه ففيه روايتان[۱]، احدهما لا يقطع، والأخرى ان زاد ما سرقه عن نصيبه بقدر النصاب قطع، والتفصيل حسن، ولو سرق من المال المشترک قدر نصيبه لم يقطع، ولو زاد بقدر النصاب قطع.

الخامس: ان يهتک الحرز، منفرداً کان أو مشارکاً[۲]، فلو هتک غيره وأخرج هو لم يقطع.

الشَرح:

من المغنم والزکاه والخمس ونحو ذلک، بل عدم الفرق بين أخذ احد الشرکاء من المال المشترک بقدر حصّته أو يظن أنّه بقدر حصته وأن لم تحصل بذلک القسمه، فانّ ظاهر الکبرى والتعليل عدم القطع بهذا الأخذ لا حصول القسمه به.

[۱] قد تقدّم ما فى هذا الشرط فى التعليقه السابقه.

[۲] يعتبر فى تعلّق الحدّ بالسارق أن يهتک الحرز، سواء کان الهتک بانفراده أو بالاشتراک بالمباشره أو بالتسبيب، وان يخرج المتاع من محرزه، سواء کان اخراجه بانفراده أو بالاشتراک وبالمباشره أو بالتسبيب بما يعد کالآله، فلو هتک الحرز غيره وأخرج هو المال لم يقطع أحدهما، ولو تعاونا على هتک الحرز واخراج المال احدهما فالقطع على المخرج خاصه، بلا خلاف فى ذلک کله على ما هو ظاهر کلمات جمله من اصحابنا.

ويستدل على ذلک بصحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قوم اصطحبوا فى سفر رفقاء، فسرق بعضهم متاع بعض، فقال: «هذا خائن لا يقطع، ولا يتبع بسرقته وخيانته، قيل له: وان سرق من أبيه، فقال: لا يقطع لأنّ ابن الرجل لا يحجب عن الدخول الى منزل أبيه هذا خائن، وکذا ان أخذ من منزل اخيه واخته ان کان يدخل عليهم لا يحجبانه عن الدخول»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۵۰۸.

....

الشَرح:

ومعتبره السّكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منع السارق فلا يقطع فيه، يعنى الحمامات والخانات والارحيه»(۱)، وفى معتبره الاخرى: «لا يقطع إلاّ من ثقب بيتاً أو كسر قفلاً»(۲).

والمستفاد منه أنّ هتك الحرز اخراج المال منه يوجب تعلّق حدّ السرقه على المخرج، سواء كان اخراجه بالمباشره أو بما يعدّ كالآله للاخراج، كما إذا حمل المتاع فى حرزه على دابه وساقها أو قادها أو حتّى ما إذا سارت الدابه نفسها حتّى خرجت أو ارسل الطائر المعلّم الى الحرز بعد هتكه حتّى عاد بالمال ونحو ذلك.

ويترتب على ذلك انّه لو هتك الحرز أحد واخرج المال آخر فلا يتعلّق الحد باحدهما، أمّا الهاتك فلعدم اخراجه المال واما المخرج لعدم هتكه الحرز، وعن بعض المخالفين تعلّق الحد بالمخرج فانّه لو لا ذلك ليؤخذ هذا النحو من السرقه ذريعه الى سقوط الحدّ كالسفر والزنا فيه ويكون الغرض من السفر الخروج عن الاحصان وهكذا، ولكن لا يخفى أنّ سقوط الحدّ لا يمنع عن التعزير، وبعض التعزير الذى يراه الحاكم مناسباً لردع خيانته ليس بأقلّ تأثير من قطع اليد.

وايضاً لو تعاونا على هتك الحرز واخراج المال أحدهما يتعلّق الحدّ بالمخرج، حيث انّه سرق المال عن حرزه بعد هتكه حرزه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يتعلّق الحدّ بمن يأخذ المال من الامكنه العامه كالمساجد والخانات والحمامات ونحوها، ولا بالمختلس الذى يأخذ المال لاغفال صاحبه، أو الطرّار الذى يأخذ المال والنقود من كمّ الناس.

ص :۲۸۲

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حد السرقه، الحديث ۲: ۵۰۸.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۵۰۸.

....

الشَرح:

وفی معتبره السکونی: «اربعه لا یقطع علیهم: المختلس والغلول ومن سرق من الغنیمه وسرقه الاجیر فانها خیانه»(۱).

وفی صحیحه عبدالرحمن بن أبی عبداللّه، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «لیس علی الذی یستلب قطع، ولیس علی الذی یطرّ الدراهم من ثوب قطع»(۲).

وفی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السلام بطرّار قد طرّ دراهم من کمّ رجل، قال: ان طرّ من قمیصه الاعلی لم اقطعه وان کان طرّ من قمیصه السافل قطعته»، وظاهرها أنّ الموجود فی کمّ الثوب الداخل حرز یقطع باخراج الدراهم منه.

بقی فی المقام امر، وهو أنّه من بعض الروایات عدم اعتبار الأخذ من الحرز فی تعلّق الحد، وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن الرجل یأخذ اللّص یرفعه أو یترکه، قال: «إنّ صفوان بن امیّه کان مضطجعاً فی المسجد الحرام فوضع ردائه وخرج یهریق الماء فوجد ردائه قد سرق حین رجع الیه، فقال: من ذهب بردائی فذهب یطلبه فأخذ صاحبه، فرفعوا الی النبی صلی الله علیه و آله فقال النبی صلی الله علیه و آله : اقطعوا یده، فقال الرجل: تقطع یده من أجل ردائی یا رسول اللّه قال: نعم، قال: فانا اهبه له، فقال: رسول اللّه صلی الله علیه و آله : فهلاًّ کان هذا من قبل أن ترفعه الیّ، قلت: فالامام بمنزلته إذا رفع الیه، قال: «نعم»(۳).

وقد حمل هذه علی اخفاء الرداء فی المسجد الحرام بحیث یصدق أنّه فی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳: ۵۰۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۰۴.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۲۹.

عدم ثبوت الحد على الوالد لو سرق من ولده

السادس: ان يخرج المتاع نفسه أو مشاركاً، ويتحقق الاخراج بالمباشره وبالتسبيب، مثل ان يشدّه بحبل ثم يجذبه من خارج، أو يضعه على دابه أو جناح من شأنه العود اليه، ولو أمر صبياً غير مميز باخراجه تعلق بالآمر القطع، لأنّ الصبى كالآله[١].

السابع: أن لا يكون والداً من ولده[٢]، ويقطع الولد لو سرق من الوالد، وكذا يقطع الاقارب وكذا الام لو سرقت من الولد.

الشَرح:

محرز، ولا يخفى ما فيه، نعم غايه هذه الصحيحه انّ أخذ مال الغير من المسجد الحرام يوجب تعلّق حدّ السرقه بالآخذ من مالكه، ولا بأس بالالتزام بذلک، لأنّ للمسجد الحرام بعض الأحكام الخاصه فليكن هذا منه.

ويؤيّده ما ورد فى صحيحه عبدالسلام الهروى عن الرضا عليه السلام فى حديث، قلت: بأىّ شىء يبدأ القائم منكم إذا قام؟ قال: «يبدأ ببنى شيبه فيقطع أيدهم لأنّهم سراق بيت اللّه تعالى»(١).

[١] ولو هتک الحرز واخرج المال لا بالمباشره بل بواسطه صبىّ غير مميّز يقطع يده، لأنّ الصبى غير المميّز يعدّ كالآله فى الأخذ.

وبتعبير آخر كلّما استند اخراج المال من حرزه الى شخص بانفراده أو بالمشاركه تعلّق به حدّ السرقه إذا كان هاتكاً لحرزه منفرداً أو مستركاً، وقد تقدم فى معتبره السكونى: «لا يقطع إلاّ من نقّب بيتاً أو كسر قفلاً».

[٢] بلا خلاف، بل ادعى عليه الاجماع، ويشهد لذلک ما فى صحيحه محمّد بن مسلم الوارده فى قذف الوالد ولده، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل

١- (١) الوسائل:٩، الباب ٢٢ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث١٣.

اشتراط الأخذ سراً

الثامن: أن يأخذه سراً، فلو هتك الحرز قهراً وظاهراً وأخذ لم يقطع[۱].

الشَرح:

يقذف ابنه بالزنا، قال: «لو ما قتل به وان قذفه لم يجلد له»(۱) فانّ مقتضاها عدم تعلّق القصاص والجلد بالوالد لولده.

ويمكن الاستدلال على ذلک بما ورد من أنّ الولد وماله لأبيه، بمعنى انّ الوالد لا يؤخذ بالتعزير بسبب مال ولده، ومقتضى هذا وما قبله عدم الفرق بين الأب ولجد للأب وان علا.

وهذا بخلاف ما إذا سرق الولد من الأب فانّه يقطع إذا حصل سائر الشرائط، كما إذا كسر قفل المحرز وأخذ المال منه بخلاف المتاع الموضوع فى البيت للوالد، فانّه يدخل فيه الولد بلا اذن.

وكذا يقطع فى سرقه سائر الاقارب حتّى الام إذا سرقت من ولدها المال من حرزه، لاطلاق ما دلّ على أنّ من هتک الحرز واخرج المال منه يقطع، كما هو مقتضى الآيه المباركه بعد تقييدها بما تقدّم من الامور المعتبره وغيرها مما يأتى، سواء كان من الاقارب أم لا.

[۱] ويدلّ على ذلک ما ورد فى الدغاره المعلنه والمختلس علانيه، كصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اختلس ثوباً من السوق، فقالوا: قد سرق هذا الرجل، فقال: انّى لا اقطع فى الدغّاره المعلنه، ولكن اقطع من يأخذ ثم يخفى»(۲).

وموثقه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: سمعته يقول: «قال أمير المؤمنين عليه السلام :

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۴۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد السرقه، الحديث ۲: ۵۰۳.

وكذا المستأمن لو خان، ويقطع الذمى كالمسلم[۱]، والمملوك مع قيام البينه، وحكم الانثى فى ذلك كلّه حكم الذكر.

الشَرح:

لا أقطع فى الدغاره المعلنه وهى الخلسه ولكن اعزّره»(۱)، ونحوهما غيرهما.

والدغاره المعلنه هو الاختلاس وسلب الناس أموالهم علناً، فانّه إذا لم يدخل فى عنوان المحارب لا يقطع بل يعزّر.

ويمكن الاستدلال على ذلك بعدم اطلاق السّاق عليه، حيث يطلق السرقه فى موارد الأخذ بالاخفاء، وفى الصحيحه المرويه فى الفقيه باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا قطع فى الدغاره المعلنه وهى الخلسه ولكن اعزّره، ولكن اقطع من يأخذ ويخفى»(۲).

وكذا لا يقطع المستأمن لو خان فى المال الذى بيده، لعدم صدق السارق عليه، لأنّ المال بيده، ولا فرق فى المستأمن بين الورعى وغيره، وفى صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يستأجر أجيراً فيسرق من بيته هل يقطع يده؟ فقال: «هذا مؤتمن ليس بسارق هذا خائن»(۳).

وفى موثقه سماعه، قال: سألته عن رجل استأجر اجيراً فأخذ الأجير متاعه فسرقه، فقال: «هو مؤتمن» ثم قال: «الاجير والضيف امناء ليس يقع عليهم حد السرقه»(۴)، الى غير ذلك.

[۱] يقطع الذّمى الّذى سرق من المسلم كما يقطع يد السارق المسلم، حيث

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۵۰۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۵۰۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۵۰۶.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵۰۶.

مسائل متفرقه

مسائل:

الأولى: لا ـ يقطع الراهن إذا سرق الرهن، وان استحق المرتهن الامساك، ولا ـ المؤجر للعين المستأجره وان كان ممنوعاً من الاستعاده[۱]، مع القول بملك المنفعه، لأنّه يتحقق اخراج النصاب من مال المسروق منه حاله الاخراج .

الشَرح:

إنّ الأمر بقطع يد السارق والسارقه يعمّهما، وأمّا إذا سرق من مثله فقد تقدّم جواز ارجاعهما الى حكّامهم، وأمّا إذا سرق العبد فان كان ثبوت سرقته باعترافه لم يقطع، لما تقدّم من أنّ اقراره اعتراف على مولاه فلا يلزم إلاّ بتصديقه، وأمّا إذا ثبت سرقته بالبينه يتعلّق به الحد.

وما يدلّ على تنصيف الحد للملوك فى حقوق اللّه يختص بما إذا كان الحدّ حلداً.

وربّما يقال فى المقام: انّ المسلم إذا سرق من مال كافر حربى أخذ الأمان من المسلمين لم يقطع، ولعلّه لعدم الضمان فى ماله ونفسه وان يحرم اتلاف ماله ونفسه لوجوب الوفاء بالأمان.

[۱] غرضه قدس سره أنّه يعتبر فى تعلق حدّ السرقه أن يكون اخراج النصاب من ملك المسروق منه عند الاخراج وفى أخذ الراهن العين المرهونه من عند المرتهن لم يؤخذ النّصاب من مال المسروق منه، لأنّ حق الامساك بالرهن ليس له ماليه، وكذا عدم جواز استعاده العين من يد المستأجر مده الاجاره والمنفعه للعين وان كان لها ماليه، إلاّ ان المنفعه أمر تدريجى غير موجود حال الاخراج.

أقول: التعليل المزبور عليل، فانّ المنفعه هى قابليه العين للانتفاع وهى موجوده فى العين فتؤخذ بأخذ العين وهى ملك للمستأجر بمقتضى فرض الاجاره، وإذا كانت عوضها بقدر النصاب فيصدق أنّه أخذ النصاب من المستأجر

الثانیه: لا یقطع عبد الانسان بسرقه ماله[۱]، ولا عبد الغنیمه بالسرقه منها، لأنّ فیه زیاده اضرار، نعم یؤدب بما یحسم به الجرأه.

الشَرح:

مع کونه ملکاً له.

والعمده فی المقام هو أنّ الاستیلاء أو الاخراج یتعلّق بالعین ابتداء وبتبعه یتعلّق بمنفعتها أو بالحقّ المتعلق بها لا یکون السرقه بالاضافه الی منفعه العین إلاّ مع تحقّق السّرقه بالاضافه الی نفس العین، حیث إنّ السرقه نوع استیلاء بها، وبما أنّ العین المرهونه ملک للراهن والعین المستأجره ملک للمؤجر، فلا یصدق علی أخذ الراهن والمستأجر عنوان السرقه، وبتعبیر آخر ما ترتّب علی عنوان السارق من الحکم والحدّ ظاهره اخراج العین المملوکه للغیر، فلا یعمّ اخراج العین المملوکه للخروج.

[۱] بلا خلاف یعرف، ویشهد لذلک صحیحه محمّد بن سرق واختان من مال مولاه، قال: «لیس علیه قطع»(۱).

ومعتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قال أمیر المؤمنین علیه السلام : عبدی إذا سرقنی لم اقطعه وعبدی إذا سرق غیری قطعته، وعبد الاماره إذا سرق لم اقطعه لانّه فیء»(۲).

وفی صحیحه محمّد بن قیس الاخری عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجلین قد سرقا من مال اللّه، أحدهما عبد مال اللّه ولآخر من عرض الناس، فقال: أمّا هذا من مال اللّه لیس علیه شیء مال اللّه أکل بعضه بعضاً، وأمّا الآخر فقدّمه وقطع یده ثم أمر ان یطعم اللحم والسمن حتّی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۲۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۲۶.

الثالثه: يقطع الاجير إذا احرز المال [١]، وفى روايه لا يقطع، وهى محموله على صوره الاستيمان، وكذا الزوج اذا سرق من زوجته أو الزوجه من زوجها، وفى الضيف قولان، أحدهما لا يقطع مطلقاً، وهو المروى، والآخر يقطع إذا احرز من دونه، وهو اشبه.

الشَرح:

برئت يده»(١).

ولا يخفى أنّ الاطلاق فى معتبره السكونى، وتعليل أنّ عبد الاماره إذا سرق لم اقطعه بانّه فىء هو عدم قطع عبد الغنيمه ولو سرق من عرض الناس، ومقتضى التفصيل فى الصحيحه الثانيه لمحمّد بن قيس هو حمل معتبره السكونى على أنّ كون العبد من المغنم بعض العله فى عدم القطع لا أنّه تمامه.

لا يقال: يمكن الأخذ بكلّ من التعليلين أى كون السارق من مال اللّه واكل بعض مال اللّه بعضه الآخر لا يوجب القطع.

فانه يقال: إذا كان كون العبد فيئاً تمام العله لعدم القطع، فيكون ضم المسروق من مال اللّه اليه من قبيل ضم الحجر الى الانسان، وعلّل عدم القطع فى سرقه العبد من مال مولاه، وفى سرقه عبد الغنيمه من الغنيمه بأنّ فى القطع زياده اضرار، وفيه ما لا يخفى، فانّ مقتضاه أن يثبت القطع على العبد إذا أخذ المال المسروق وردّ على المولى اوفى الغنيمه.

[١] المنسوب الى المشهور أنّ الأجير إذا سرق من مال المستأجر وكان المال فى محرز يقطع، بخلاف ما إذا كان المال تحت يده، فانّه لا يقطع فانّه مؤتمن وذكر الماتن قدس سره : وفى روايه لا يقطع، ولعلّه أراد مثل صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يستأجر أجيراً فيسرق من بيته هل تقطع يده،

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵٢۶.

....

الشَرح:

فقال: «هذا مؤتمن ليس بسارق هذا خائن»(۱).

ولكن ظاهر الجواب فرض كون البيت ومتاعه تحت يده، نظير ما فى موثقه سماعه، قال: سألته عن رجل استأجر أجيراً متاعه فسرقه، فقال: «هو مؤتمن، ثم قال: الأجير والضيف امناء ليس يقع عليهم حد السرقه»(۲).

وعلى الجمله، ظاهر الاستئمان فرض كون المال المأخوذ فى متناول يده.

وممّـا ذكر يظهر ما إذا سرق الزوج من زوجته أو بالعكس، فانّه إذا كان المال المأخوذ فى متناول يد الآخر فلا قطع، بخلاف ما إذا كان فى محرز بحيث كسر قفلًا أو فتح الحرز بنحو الهتك، فانّه يقطع أخذ بما دلّ على قطع من هتك الحرز واخرج المال.

نعم، إذا هتكت الزوجه الحرز واخرجت مقدار نفقتها مع امتناع زوجها عن نفقتها فلا قطع، بل لا بأس بذلك مع فرض امتناع الزوج عن نفقتها تقاصاً لمالها على زوجها، بخلاف صوره عدم امتناعه فانّ هتك الحرز واخراج مقدار نفقتها وان كان غير جائز فى هذا الفرض، ولكن لاـ يبعد الالتزام بعدم القطع اخذاً بما تقدّم من أن الأخذ مما فيه حقه لا يوجب القطع وان لا يخلو عن تأمّل.

وفى صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «الضيف إذا سرق لم يقطع وإذا اضاف الضيف ضيفاً قطع ضيف الضيف»(۳)، ووجه التفصيل بين الضيف وضيف الضيف لكون استئمان الضيف من مالك المال فلا يتعلّق به حد

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۵۰۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵۰۶.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۵۰۸.

الرابعه: لو اخرج متاعاً فقال صاحب المنزل: سرقته، وقال المخرج: وهبتنيه أو ادنت فى اخراجه، سقط الحدّ للشبهه[١]، وكذا القول قول صاحب المنزل مع يمينه فى المال، وكذا لو قال: المال لى، وانكر صاحب المنزل، فالقول قوله مع يمينه، ويغرم المخرج، ولا يقطع لمكان الشبهه.

الشَرح:

السرقه بخلاف ضيف الضيف، وقد تقدّم ما فى موثقه سماعه، من أنّ الأجير والضيف امناء وليس عليهم حد السرقه.

[١] أمّا سقوط الحدّ عن المخرج، فلعدم احراز موجب القطع يعنى السرقه، فانّ الاستصحاب فى عدم هبه المال أو عدم الاذن له اخراجه لا يثبت سرقته، لعدم اعتبار الاصل المثبت بل على تقدير اعتباره ايضاً لم يتعلّق به حد السرقه، احرازها بالبينه أو الاعتراف أو علم الحاكم بالعلم الوجدانى.

وممّا ذكر يظهر انّه لو كان المال المخرج موجوداً فلا موضوع للاستصحاب ايضاً بالاضافه الى المال والمتاع للعلم باستحقاق المالك اياه، حيث إنّ دعواه السرقه رجوع فى الهبه أو الاذن فى التصرف على تقديرهما، وانّما يحتاج الى الاستصحاب فيما إذا كان الاختلاف بعد تلفه أو كانت الهبه ممّا لا يجوز الرجوع فيها فيثبت بعد حلفه على عدم الهبه والاذن ضمان المخرج.

وكذا الحال فيما اخرج المال الذى كان بيد صاحب البيت ولو بكونه فى بيته، وقال المخرج: انه ملكه، وقال صاحب البيت: انه سرقه، فانّه لا يثبت الحد، ومقتضى اعتراف المخرج بكون صاحب البيت ذا اليد على المال المزبور كون المخرج مدعياً، ومع عدم ثبوته دعواه يحلف صاحب البيت ويأخذه ومع تلفه يأخذ بدله.

شروط المسروق

الثانی: فی المسروق:

لاـ قطع فیما ینقص عن ربع دینار[۱]، ویقطع فیما بلغه ذهباً خالصاً مضروباً علیه السکه، أو ما قیمته ربع دینار، ثوباً کان أو فاکهه أو غیره، سواء کان أصله الاباحه أو لم یکن، وضابطه کلّ ما یملکه المسلم[۲]، فی الطین وحجاره الرخام روایه بسقوط الحدّ ضعیفه[۳].

الشَرح:

[۱] المشهور بین الاصحاب أنّ أقلّ ما یقطع فیه ید السارق هو بلوغ المال المسروق ربع دینار، وان الدّینار ما یبلغ ثمانیه عشر حمصه من الذهب المسکوک، والمحکی عن الصدوق قدس سره انّه یقطع فیما بلغ المال المسروق خمس الدینار، والمحکی عن العمانی انّ المسروق إذا بلغ دیناراً قطع.

ولعلّ المنشأ فی ذلک اختلاف الروایات الوارده فی المقام، فانّها علی اربع طوائف:

الاولی: ما یدلّ علی ما ذهب الیه المشهور من اعتبار بلوغ ربع دینار، کصحیحه محمّد بن مسلم، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : فی کم یقطع السارق، قال: «فی ربع دینار»، قال: قلت له: فی درهمین، قال: «فی ربع دینار بلغ الدینار ما بلغ»، قال: قلت له: أرأیت من سرق أقل من ربع دینار هل یقع علیه حین سرق اسم السارق وهل هو عنداللّه سارق، فقال: «کل من سرق من مسلم شیئاً قد حواه واحرزه فهو یقع علیه اسم السارق وهو عنداللّه سارق، ولکن لا یقطع إلاّ فی ربع دینار أو اکثر، ولو قطعت ایدی السرّاق فی أقلّ من ربع دینار لألفیت عامه الناس مقطّعین»(۱).

وصحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «لا یقطع ید السارق إلاّ

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۴۸۲.

....

الشَرح:

فی شیء تبلغ قیمته مجنّاً وهو ربع دینار»(۱).

وموثقه سماعه بن مهران عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قطع أمیر المؤمنین علیه السلام فی بیضه، قلت: وما بیضه؟ قال: بیضه قیمتها ربع دینار، قلت: هو أدنی حدّ السارق فسکت»(۲) ونحوها غیرها.

والثانیه: ما دلّ علی أنّ مع بلوغ المسروق خمس الدینار یقطع، کصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «یقطع السارق فی کل شیء بلغ قیمته خمس دینار ان سرق من سوق أو زرع أو ضرع أو غیر ذلک»(۳).

وصحیحه محمّد بن مسلم، قال: قال أبو جعفر علیه السلام قال: قال: «ادنی ما یقطع فیه ید السارق خمس دینار والخمس آخر الحد الذی لا یکون القطع فی دونه ویقطع فیه وفیما فوقه»(۴).

وصحیحه علی بن جعفر، عن أخیه، قال: سألته عن حدّ ما یقطع فیه السارق، فقال: «قال أمیر المؤمنین علیه السلام علیه بیضه حدید بدرهمین أو ثلاثه(۵) حیث ان الدراهمین یساویان خمس دینار، علی ما هو المعروف من أنّ الدینار یساوی عشره دراهم».

والثالثه: موثقه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قطع أمیر المؤمنین علیه السلام

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۴۸۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۴: ۴۸۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۲: ۴۸۵.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۳: ۴۸۵.

۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲۲: ۴۸۷.

....

الشَرح:

رجلاً فی بیضه، قلت: وأیّ بیضه، قال: بیضه حدید قیمتها ثلث دینار، فقلت: ادنی حد السارق فسکت»(۱).

موثقه سماعه قال: سألته علی کم یقطع السارق، قال: «ادناه علی ثلث دینار»(۲).

والرابعه: صحیحه أبی حمزه، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام فی کم یقطع السارق فجمع بین کفّیه، ثم قال: «فی عددها من الدراهم»(۳)، ویحتمل رجوع الضمیر فی عددها الی الکف، فیکون عددها من الدراهم الدراهمین، فتکون من الطائفه الثانیه.

وأمّا روایه ثلث الدینار فلم یلتزم بها أحد من أصحابنا، مع أنّ موثقه أبی بصیر لا تدلّ إلّا علی قطع أمیر المؤمنین علیه السلام فی السرقه التی کان المال المسروق فیها یساوی ثلث الدینار، لا أنّه حدّ لأقل المال المسروق، نعم موثقه سماعه تدلّ علی ذلک، ولکن مع معارضتها بسائر الروایات ومخالفتها لاطلاق الکتاب المجید الدالّه علی القطع حتّی فی الأقل من ثلث دینار لا یمکن الاعتماد علیها.

ویبقی الکلام فی الطائفتین الاولتین، وقیل: إنّ روایات التحدید بخمس الدینار موافقه للعامه، فتطرح فی مقام المعارضه ویتعیّن الأخذ بما دلّ علی التحدید بالربع.

ص: ۲۹۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۰: ۴۸۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۱: ۴۸۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۹: ۴۸۵.

....

الشَرح:

وربمـا يناقش فی كون التحديـد بخمس دينار مـذهب العامه أو بعضـهم، ويقال: ما دلّ علی القطع بخمس الـدينار موافق لاطلاق الكتاب المجيد فيؤخذ بها.

ولا يمكن حمل التحديـد بخمس الـدينار علی تحديد الأقلّ المطلق وحمل التحديد بربع الدينار علی الأقل بالاضافه، وذلك فانّه مع كونه إلغاءً للتحديد بالربع ينافيه نفی القطع بالخمس فی صـحيحه محمّد بن مسلم الاولی، حيث نفی عليه السلام القطع بسرقه درهمين، وتأكيده عدم القطع بأقلّ من ربع الدينار، بقوله عليه السـلام : «ولو قطعت ايدی السراق فی أقل من ربع الدينار، لألفيت عامه الناس مقطّعين».

[٢] هذا هو المشـهور بين أصـحابنا، بل لم يحك الخلاف إلاّ عن المخالفين، ويقتضـيه الاطلاق فی الآيه المباركه، حيث لم يقيّد بكون المسـروق مالاً مخصوصاً، وكـذلك ما فی بعض الروايات، فی صـحيحه الحلبی عن أبی عبـداللّه عليه السـلام ، قال: «يقطع السارق فی كل شیء بلغ قيمته خمس دينار ان سرق من سوق أو زرع أو ضرع أو غير ذلك»(١).

وفی صـحيحه محمّد بن مسلم: «كل من سرق من مسلم شيئاً قد حواه واحرزه فهو يقع عليه اسم السارق وهو عنداللّه سارق ولكن لا يقطع إلاّ فی ربع دينار أو اكثر»(٢).

ومقتضی الاطلاق فيها عدم الفرق بين كون المسروق اصله الاباحه أم لا.

[٣] وفی معتبره السكونی عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «لا قطع علی من سرق

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ١٢: ٤٨٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ١٠: ٤٨٣.

....

الشَرح:

الحجاره، یعنی الرخام واشباه ذلک»(۱)، وفی معتبرته الاخری عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «لا قطع فی ریش یعنی الطیر کلّه»(۲).

وفی معتبره غیاث بن ابراهیم عن أبی عبداللّه علیه السلام : «انّ علیّاً علیه السلام أتی بالکوفه برجل سرق حماماً فلم یقطعه، وقال: لا اقطع فی الطیر»(۳).

وظاهر الماتن ضعف هذه الروایات، فان کان المراد ضعفها سنداً فلا یمکن المساعده علیه، خصوصاً معتبره غیاث بن ابراهیم الذی وثّقه النجاشی، وان اراد ضعفها لعدم عمل الاصحاب باطلاقها فلعلّهم حملوها علی الأخذ من غیر المحرز أو عدم بلوغ القیمه، ربع دینار، کما یشیر الی ذلک قوله علیه السلام : واشباه ذلک، فی المعتبره الاولی، ولا یبعد أن یکون ما ورد فی حجاره الرخام لعدم بلوغ قیمته النصاب، ویؤخذ فی عدم القطع بسرقه الطیر علی اطلاقه ولم یثبت اعراض المشهور عن ذلک، وقد عنون فی الوسائل عنواناً بعدم القطع فی سارق الطیر، وباباً آخر فی عدم القطع فی سرقه الحجاره من الرخام ونحوه.

لا یقال: ما ورد فی أنّه لا یقطع فی سرقه الطیر مع ما ورد فی سرقه ربع دینار أو خمس دینار متعارضان بالعموم من وجه، وتقدیم احدهما علی الآخر بلا وجه، فیؤخذ بما دلّ علی القطع فی مورد تعارضهما، لموافقه ما دلّ علی ان القطع بما بلغ النصاب موافقاً لاطلاق الکتاب.

فانه یقال: ما دلّ علی نفی القطع فی الطیر هو العموم الوضعی کما أنّ الدال

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۱۶.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۱۶.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۱۶.

....

الشَرح:

على القطع فی کـل مـال بلغ النصـاب کـذلک إلاّـ انّ تقـدیم مـا دلّ علی القطع بسرقه النصاب ولو کان طیراً یوجب إلغاء عنوان الطیر، وهو خلاف الظاهر.

ولا یجری ذلک فی حجاره الرخام واشباهه ممّا لا یکون عاده قیمته بمقدار النصاب.

وأمّـا مـا ورد فی عـدم القطع فی ثمر ولا کثر، والکثر شـحم النخل کما فی معتبره السکونی، فیحمل علی ما إذا کان الثمر شـحم النخـل فی غیر حرز، کمـا إذا أخـذ الثمره التی علی الشـجره، والکثر من النخل، بل هـذا ظاهرها، ومع الاطلاق یکون القرینه علی الحمل مثل صحیحه الحلبی، قال: «یقطع الساق فی کل شیء بلغ قیمته خمس دینار ان سرق من سرق أو ضرع أو غیر ذلک».

ویؤیّد کون المراد من سرقه الثمره، بل وظهورها فی سرقه الثمره التی علی الشـجره معتبره السـکونی الاخری، قال: «قضـی النبی صلی الله علیه و آله فیمن سرق الثمـار فی کمّه فمـا اکلوا منه فلاـ شـیء علیه وما حمل فیعزّر ویغرم قیمته مرّتین»(۱)، فان التعزیر قرینه علی عـدم الحـد، وذکر ما اکلوا فلا شـیء علیه قرینه علی عـدم الأخـذ من الحرز، کما إذا اکلوا من الشـجره التی فی طریق مرورهم.

وأمّا التعریم بمرّتین لم أجد عاملاً به، وانّه ورد فی سرقه التی علی الشجره فالغالب فیها تضییع السارق بعض الثمره حین القطف، فیمکن أن یکون التغریم بمرتین لذلک، واللّه العالم.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من ابواب حد السرقه حدیث ۲.

ومن شرطه أن يكون محرزاً بقفل أو غلق أو دفن[١]، وقيل: كل موضع ليس لغير مالكه الدخول اليه إلّا باذنه، فما ليس بمحرز لا يقطع سارقه، كالمأخوذ من الارحيه والحمامات والمواضع المأذون فى غشيانها كالمساجد، وقيل: إذا كان المالك مراعياً له كان محرزاً، كما قطع النبى صلى الله عليه و آله سارق مئزر صفوان فى المسجد، وفيه تردّد.

الشَرح:

[١] قد تقدّم أنّه يعتبر فى تعلّق الحد بالسارق هتكه حرز المال واخراجه منه، وفى معتبره طلحه بن زيد: «ليس على السارق قطع حتّى يخرج بالسرقه من البيت»(١).

وفى صحيحه السكونى: «لا يقطع إلّا من ثقب بيتاً أو كسر قفلاً»(٢)، وفى صحيحه الحلبى: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ثقب بيتاً فأخذ قبل أن يصل الى شيء، قال: «يعاقب، فان أخذ وقد اخرج متاعاً فعليه القطع»(٣).

فانّ المستفاد من هذه الروايات ونحوه تعلّق الحدّ بالسارق إذا هتك حرز المال فاخرجه من حرزه وعليه، فلابدّ من كون المسروق فى محرز.

وقد يقال: فى تحديد الحرز أن يكون المال فى مكان مملوك للغير عيناً أو منفعه أو انتفاعاً، بحيث لا يدخل فى ذلك المكان بلا إذن ذلك الغير.

ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام : كلّ مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منه السارق فلا قطع فيه»(۴).

١- (١) الوسائل: ١٨، باب ٨: من ابواب حد السرقه حديث ۴.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، باب ٨: من ابواب حد السرقه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، باب ٨: من ابواب حد السرقه حديث ١.

۴- (۴) الوسائل: ١٨، الباب ١٨: من ابواب حد السرقه، الحديث ۴:۵٠٩.

....

الشَرح:

ولكن لا يخفى انّه لا دلاله لها على أنّ كلّ ما يدخل فيه بالاذن فكلّ ما سرق منه يقطع سارقه، كما إذا كان باب دار شخص مفتوحاً ولو اتفاقاً وكان المتاع موضوعاً فى صحن الدار فدخل فيه داخل فأخذ ذلك المال فانّ الدار المزبوره وان لا يجوز الدخول فيه بلا اذن إلاّ انّه لا يصدق على المتاع المزبور أنّه كان فى حرز.

ولذا يقال: المكان الموضوع فيه المال إن كان بحيث يدخل فيه بلا اذن كالحمامات والخانات والأرحيه، فلا يكون المكان المزبور محرزاً، كما فى المثال المتقدم، نعم البيت المغلق حرز بالاضافه الى غير اهلها.

وكيف ما كان، إذا شكّ فى كون مكان المال أو المتاع محرزاً أم لا يقطع بسرقه المال، لأنّ التقييد بالحرز ثبت بدليل منفصل، ومع اجماله يؤخذ بخطابات قطع يد السارق كالآيه المباركه، ولكن القطع لا يخلو عن اشكال، لأنّ مقتضى المفهوم للحصر الوارد فى معتبره السكونى عدم القطع فى غير الموارد المزبوره، فيقطع بالوثوق بعدم الفرق بين المورد والموارد المزبوره.

وعليه، فان كان باب الدار مفتوحاً وكان صاحبها نائماً فيها سارق فسرق فلا يحكم بالقطع، نعم لو كان صاحبها أو شخص آخر مراعياً فدخل فيها سارق خفيه وأخذ المال يقطع، ويؤيّده ما ورد فى القطع من سرقه الزرع والسوق أو ضرع أو غير ذلك.

وقيل: إنّ المراعى إذا كان ملتفتاً الى أخذه المال ولم يتمكّن من دفعه فلا يكون الآخذ سارقاً، حيث يعتبر فى صدق السرقه الأخذ خفيه وان لم يلتفت الى أخذه، فلا يكون المال فى محرز لا يمكن المساعده عليه، فانّ الدخول مع عدم التمكن المراعى عن منعه عن الأخذ أو الدخول لا ينافى صدق السرقه، كان

وهل يقطع سارق ستاره الكعبه، قال: فی المبسوط والخلاف: نعم[۱]، وفیه اشکال، لأنّ الناس فی غشیانها شرع.

ولا یقطع من سرق من جیب الانسان أو کمّه الظاهرین، ویقطع لو کانا باطنین[۲].

الشَرح:

عـدم التمکن لعـدم التفـاته أو لغیره، والمعتبر فی صـدق السـرقه اخفـاء أخـذه المـال عن السائرین لا عن خصوص صاحب البیت والمراعی، وقد تقدّم عدم القطع علی الدغاره المعلنه والمختلس أی السالب.

وامّا ما ورد فی قضـیه صـفوان بن امیّه فقـد تعرضـنا سابقاً، وما ورد فی قطع ایدی بنی شـیبه عند قیام القائم لأنهم سـرّاق بیت اللّه الحرام.

[۱] یستشکل فی أخذ ستار الکعبه وسرقته من جهتین: الاولی ما تقدم من اعتبار أخذ المال من المحرز، والثانی عدم کون ستارها مملوکاً للغیر، ولکن شیء من الجهتین لا تمنع القطع، لما تقدّم من قطع القائم علیه السلام أیدی بنی شیبه لأنهم سرّاق أموال بیت اللّه الحرام مع وجود الجهتین فی سـرقتهم، وعلیه فلا یمکن المساعده لما ذکر الماتن فی وجه الاشکال علی القطع بتساوی الناس فی غشیانها، سواء أراد منه دخول عامه الناس وانتفاعهم کالحمامات أو اراد عدم اختصاص ستارتهابشخص.

[۲] هذا منسوب الی المشهور، ویقال: إنّ الجیب الظاهر أو الکمّ الظاهر لا یکون حرزاً بخلاف الباطنین، وفی معتبره السکونی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام ، قال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السـلام بطرّار قـد طرّ الدراهم من کمّ رجل، قال: ان کان طرّ من قمیصـه الاعلی لم اقطعه، وان کان طرّ من قمیصه السافل قطعته»(۱)، ونحوه خبر

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۰۵.

ولا قطع فی ثمره علی شجرها [۱]ویقطع لو سرق بعد احرازها، ولا علی من سرق مأکولاً فی عام مجاعه[۲]،

الشَرح:

مسمع بن ابی سیار(۱)، ومقتضاهما القطع مع الأخذ من الجیب أو الکمّ الباطن، سواء صدق علیه الحرز أم لا.

[۱] قد تقدّم أنّ عدم القطع إذا لم تکن الشجره محرزه وإلّا یقطع.

[۲] الظاهر أنّه لا خلاف فی أنّه لا یقطع فی عام المجاعه إذا کان المسروق طعاماً، وفی معتبره السکونی: «لا یقطع السارق فی عام السنه یعنی عام مجاعه»(۲).

وفی معتبره الاخری عن جعفر بن محمّد، عن أبیه، قال: «لا یقطع السارق فی عام سنه مجدبه، یعنی فی المأکول دون غیره»(۳).

وفی مرسله عاصم بن عمّن أخبره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «کان أمیر المؤمنین علیه السلام لا یقطع السارق فی أیّام المجاعه»(۴).

ومقتضی الاطلاق فی المعتبره الاولی وان کان عدم الفرق فی عدم القطع فی عام المجاعه بین کون المسروق طعاماً أو غیره کان السارق مضطراً أم لا، إلّا انّه یشکل الالتزام بالاطلاق والتفسیر فی المعتبره الثانیه.

وان یحتمل قویّاً انّه من الصدوق قدس سره للجمع بینها وبین مرسله زیاد القندی عمّن ذکره عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «لا یقطع السارق سنه المحل (المحق) فی

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳: ۵۰۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۲۰.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۴: ۵۲۰.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳: ۵۲۰.

ومن سرق صغيراً فان كان مملوكاً قطع[١] ولو كان حرّاً فباعه لم يقطع حدّاً، وقيل: يقطع دفعاً لفساده.

الشَرح:

شيء ممّا يؤكل مثل الخبز واللحم واشباه ذلك»(١)، ولضعف المقيّد لا يرفع اليد عن الاطلاق.

ولكن يمكن ان يقال: عدم القطع لشبهه الاضطرار خصوصاً إذا كان المسروق طعاماً فالاطلاق محمول على ذلك.

[١] ظاهره قدس سره أنّ الصغير إذا كان مملوكاً يكون قطع يد سارقه حدّاً، ولعلّ مراده بالصغير من لا يعرف سيّده بأن كان غير مميّز، ولا يمكن أن يتحفّظ على نفسه بحيث يكون أخذه من موضعه واخراجه الى غيره سرقه وأخذاً اياه من محرزه، فيتعلّق بآخذه حد القطع، ولو كان متمكناً على التحفظ على نفسه ولو باظهاره للناس أنّه مملوك لفلان بعد الأخذ لا يصدق على أخذه السرقه، كما صرح بذلك بعضهم.

ولكن لا يخفى انّه قد لا يمكن أن يظهر الكبير ايضاً انّه مملوك فلان بعد أخذه من موضعه قهراً عليه للخوف من أخذه لاخافته بالقتل، وأمّا إذا كان السروق حرّاً فلا يكون ذلك من سرقه المال حتّى يتعلّق بآخذه حدّ سرقه المال البالغ حدّ النصاب، حتّى ما إذا باعه، ولكن قال الشيخ فى النهايه: إذا باعه يتعلّق به القطع لا حدّاً لسرقه المال بل دفعاً لفساده.

ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده»(٢)، ولعلّ عدم التقييد بالصغير

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب حد السرقه، الحديث١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب حد السرقه، ح ٢.

ولو اعار بيتاً فنقبه المعير وسرق منه مالاً للمستعير قطع[۱]،

الشَرح:

مقتضاه عدم الفرق بينه وبين الكبير، وذلك فانّ حكايته عليه السلام لغرض بيان الحكم فيؤخذ بمقتضى عدم التقييد.

ويؤيّده خبر عبداللّه بن طلحه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل يبيع الرجل وهما حرّان يبيع هذا هذا وهذا هذا يفرّان من بلد فيبيعان انفسهما ويفرّان باموال الناس، قال: «تقطع ايديهما لأنهما سارقا انفسهما واموال الناس»، وكذا روايه معاويه بن طريف بن سنان الثورى على روايه الكلينى، وطريف بن سنان على روايه الصدوق، والتعبير بالتأييد لضعف سندهما.

[۱] وقد نفى الخلاف فى ذلك فى كلمات جماعه، والقطع فى المفروض مقتضى العموم والاطلاق فيما ورد فى سارق النصاب.

نعم، ذكر فى المسالك وجهاً فى عدم القطع على المعير، وهو جواز رجوعه فى العين المستعاره لجواز العاريه فلا يحصل الحرز، ولا يكون المال الموجود فى البيت محرزاً بالاضافه الى المعير.

وهذا الوجه على تقدير تماميّته يوجب الفرق بين المعير والموجر، ولكنه غير تامّ، وذلك عاريه البيت ونحوها مشروطه بأن لا يدخل المعير فيهابلا اذن المستعير مادام لم يكن تعدّ من المستعير، فيكون المال محرزاً بالاضافه اليه حتّى بعد رجوعه فى الاستعاره ما لم يتعدّ المستعير فى التخليه.

نعم، لو كان البيت مغصوباً من مالكه فكسر المالك قفله ودخل فيه وسرق مال الغاصب، فيقال بعدم القطع لأن البيت لا يكون محرزاً بالاضافه الى مالكه، وفيه ايضاً تأمّل، إلّا أن يكون الكسر والدخول فى البيت وأخذ المال للتقّاص أو لاجبار الغاصب على ترك الغصب، والمحكى عن أبى حنيفه أنّه لو آجر عبده

وكذا لو آجر بيتاً وسرق منه مالاً للمستأجر، ويقطع من سرق مالاً موقوفاً مع مطالبه الموقوف عليه، لانّه مملوك له[۲]،

الشَرح:

لحفظ المتاع وسرق مولاه ما يحفظه عبده لا يقطع لعدم كون المال محرزاً، وردّ بان المحرز هو المكان الذى فيه المتاع، فالحرز غير مملوك مولاه وانّما المملوك له نفس العبد.

[۲] إذا كان المال المسروق وقفاً على محصور فلا ينبغى التأمّل فى أنّ سارقه يقطع، فانّ المال المزبور ملك لهم وقد سرقه منهم، وأمّا إذا كان من قبيل الوقف على العنوان وكان محرزاً، كما هو الفرض فى المقام، فان لم يكن السّارق داخلاً فى الموقوف عليهم، فلا ينبغى التأمّل ايضاً فى انّ تعلّق القطع بالسارق إذا كان عين الوقف أو المسروق من منفعته ملكاً للموقوف عليهم ظاهر، وأمّا إذا لم يكن الوقف كذلك بل كان للموقوف عليهم الانتفاع، كالفراش الموقوفه على المساجد والمدارس، فلا يبعد ايضاً الالتزام بتعلّق القطع بسارقه فيما إذا كانت العين فى محرز، بلا فرق بين القول ببقاء العين الموقوفه فى الوقف الانتعاعى فى ملك الواقف حتّى بعد موته أو قبل بدخوله فى ملك اللّه سبحانه، على ما قيل، لصدق السارق على آخذ الوقف من حرز كان ملكاً لشخص حى أو ميت أو ملك اللّه سبحانه.

نعم، إذا كان السارق داخلاً فى الموقوف عليهم، فقد يقال: يلاحظ سرقته زائداً على نصيبه نظير السرقه من بيت المال على ما تقدم، ولكنه محل تأمّل بل منع، لعدم حصّه للسارق فى نفس العين فى الوقف الانتفاعى وعدم شمول ما تقدّم فى السرقه من بيت المال سرقه العين الموقوفه بتمامها كسرقه كل بيت المال كما لا يخفى.

حكم سارق الكفن

ولا يصير الجمال محرزه بمراعاه صاحبها ولا الغنم باشراف الراعى عليها[١]، وفيه قول آخر للشيخ.

ولو سرق باب الحرز أو من ابنيته قال فى المبسوط: يقطع لأنّه محرز بالعاده، وكذا إذا كان الانسان فى داره وأبوابها مفتحّه ولو نام زال الحرز، وفيه تردد.

ويقطع سارق الكفن لأنّ القبر حرز له[١]، وهل يشترط بلوغ قيمته نصاباً، قيل: نعم، وقيل: يشترط فى المره الأولى دون الثانيه والثالثه، وقيل: لا يشترط،

الشَرح:

[١] فى الفرق فيما ورد فى السرقه من الزرع وان سارقه يقطع، وبين الجمال التى يراعيها صاحبها، أو الغنم مع وجود الراعى، بعدم القطع فى السرقه من الجمال والغنم مشكل جداً، وبتعبير آخر صحيحه الحلبى المتقدمه الداله على قطع من سرق النصاب من الزرع مقتضاه القطع فى سرقه الجمال والغنم، حيث إنّ اعتبار الحرز فى الزرع لا يكون عاده إلاّ بالراعى أو الحارس بل يجىء فى المقام ما تقدّم من التمسك باطلاق بما دلّ على قطع يد السارق فى مورد الشك فى كون شىء حرزاً، وإن ناقشنا فى التمسك المزبور بمفهوم الحصر الوارد فى معتبره السكونى، حيث ورد فيها: «لا يقطع إلاّ من نقّب بيتاً أو كسر قفلاً»، والعمده فى القطع فيما ذكر ما ورد فى سرقه الزرع.

وممّا ذكر يظهر الحال فيمن سرق باب الحرز أو ابنيته، حيث إنّ نصب الباب يحسب حرزاً للباب، والبناء يحسب حرزاً لاجزاء البنايه، وأمّا إذا كان الانسان فى داره وأبوابها مفتحه، فقد تقدّم الكلام فيه فى فرضى كون المالك أو غيره راعياً أو نائماً فلا نعيد.

[١] المشهور بين الاصحاب إنّ سارق الكفن يقطع، بل ادّعى عليه الاجماع، ويستدلّ على ذلك بروايات، كصحيحه حفص بن البخترى قال: سمعت

حکم من نبش القبر

ولأول اشبه، ولو نبش ولم یأخذ عزر، ولو تکرر منه الفعل وفات السلطان کان له قتله للردع.

الشَرح:

أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «حدّ النبّاش حدّ السارق»(۱).

وموثقه اسحاق بن عمار: «انّ علیّاً علیه السلام قطع نبّاش القبر، فقیل له: أتقطع فی الموتی؟ فقال: انّا نقطع لأمواتنا کما نقطع لأحیائنا»(۲).

وصحیحه عیسی بن صبیح قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الطرّار والنبّاش والمختلس، قال: «یقطع الطرّار والنبّاش، ولا یقطع المختلس»(۳)، ونحوها غیرها.

ولکن فی صحیحه اخری لعیسی بن صبیح اسندها فی الوسائل الی الفضیل عن أبی عبداللّه علیه السلام عن الطرّار والنبّاش والمختلس، قال: «لا یقطع»(۴).

وربّما قیل: انّما یتعلّق به حد القطع إذا تکرّر منه الفعل مراراً وإلاّ فلا قطع، وینسب ذلک الی الصدوق قدس سره فی المقنع والفقیه، ویقال: انّه یظهر ذلک من روایات، منها صحیحه الفضیل عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «إذا کان النبّاش معروفاً بذلک قطع»(۵).

ومنها روایه علی بن سعید عن أبی عبداللّه علیه السلام ،قال: سألته عن رجل أخذ وهو ینبش، قال: «لا اری علیه قطعاً إلاّ ان یؤخذ وقد نبش مراراً فاقطعه»(۶).

وفی الصحیح عن محمّد بن أبی حمزه عن علی بن سعید، قال: سألت

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۱۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۲: ۵۱۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۰: ۵۱۲.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۴: ۵۱۳.

۵- (۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۵: ۵۱۳.

۶- (۶) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱۱: ۵۱۲.

....

الشَرح:

أبا عبداللّه عليه السلام عن النبّاش، قال: «إذا لم يكن النبش له عاده لم يقطع ويعزّر»(۱).

أقول: صحيحه الفضيل لا تدلّ على اعتبار تكرار الفعل فى القطع، فانّ معروفيه الرجل بالنّبش لا يقتضى تكرار الفعل منه، كما انّ كلمه نباش لا دلاله لها على تكراره، كما يظهر ذلک من موارد استعمالها، وتقييده بكون النّبش عاده له فى بعض الروايات.

وعلى الجمله، المستفاد من الكلمه المزبوره صدور النبش عنه، ويعمّ ما إذا سرق الكفن أو غيره من القبر أم لا، ولذا قد يحمل الروايات الدالّه على نفى القطع فيه على من أخذ حال النبش، بحيث الكفن أو غيره، بشهاده موثقه اسحاق بن عمار، الوارده فيها قول على عليه السلام بعد السؤال اتقطع لأمواتنا: «انّا نقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا».

وهذه الموثقه وإن كانت فى نسخه الوسائل التى عندى مقطوعه يروى اسحاق بن عمار، عن على عليه السلام إلاّ انّه فى التهذيب والاستبصار ليست بمرفوعه يرويها اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام .

وأمّا روايتا على بن سعيد فتحملان على صوره احراز السرقه مع تكرر الفعل، هذا مع ضعف سندهما وعدم صلاحيتها للمعاوضه بما ورد فيه من أن السرقه من الموتى كالسرقه من الأحياء، كما لا تصلحان لتقييده بما إذا تكررت السرقه من الموتى.

ثم أنّه قد روى فى الوسائل عن الصدوق عليه السلام باسناده الى قضايا

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱۳: ۵۱۳.

....

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام انّه قطع نبّاش القبر، فقيل له: أتقطع فى الموتى، فقال: «انّا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا»، وقال: انّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بنبّاش فأخذ بشعره وجلد به الارض، ثم قال: طوؤا عباداللّه فوطى ء حتّى مات»(۱).

وقد ذكرنا أنّ الاسناد الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام اجتهاد من صاحب الوسائل، والصدوق رواهما مرسلاً عن أمير المؤمنين عليه السلام فانّهما حكايه قول وفعل لاقضائه فى الواقعه، وظاهر ما ذكر الصدوق قدس سره فى المشيخه من سنده الصحيح الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام حكايه القضاء، وقضيه قتل النبّاش واقعه خاصه لعلّه قد تكرّر منه السرقه والنبش، على ما يأتى فى قتل السارق مع تكرار السرقه بعد قطع يده ورجله وحبسه أو للفاحشه التى ارتكبها بعد النبش أوجب قتله.

وفى المروى بسند صحيح عن أبى عمير، عن غير واحد من اصحابنا، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل نبّاش فأخذ أميرالمؤمنين بشعره فضربه الارض ثم أمر الناس أن يطؤوه بأرجلهم فوطؤه حتّى مات»، ولعلّ الماتن حمله على صوره تكرار الفعل وفراره عن السلطان، فانّ ذلک يوجب أن يقتله السلطان لردعه ومنع فساده، ولكن الروايه لا تخلو عن الاضمار أو الارسال.

ثم إنّ ظاهر صحيحه حفص بن البخترى، وقول على عليه السلام : «انّا نقطع لأمواتنا كما نقطع لاحيائنا»، رعايه ما يعتبر فى قطع الأحياء فى قطع النبّاش، من بلوغ المسروق حد النصاب وغيره، فلا يعلم وجه صحيح لما نسب الى ابن ادريس من عدم اعتبار النصاب فى المره الثانيه أو الثالثه، أو ما نسب الى الشيخ والقاضى والى ابن ادريس فى آخر كلامه، من عدم اعتبار بلوغ النصاب مطلقاً.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۸: ۵۱۱.

ما تثبت به السرقه

الثالث: ما به يثبت.

ويثبت بشاهدين عدلين، وبالاقرار مرّتين [١]ولا يكفى المره.

الشَرح:

[١] ثبوت السرقه بالبيّنه يعنى شهاده عدلين مقتضى ما دلّ على اعتبارها مطلقاً ولخصوص ما ورد فى ثبوت السرقه بها، وهذا متسالم عليه عند العلماء والمشهور بين اصحابنا ثبوتها بالاقرار مرتين، ولا يكفى فى تعلّق حدّها الاقرار مرّه.

ويستدلّ على ذلك بما يظهر من بعض الاخبار أنّ الاقرار مرّه يثبت المال ولكن لا يثبت الحدّ، كما إذا شهد بالسّرقه شاهد واحد وامرأتان أو شاهد مع حلف المدّعى.

ويدلّ على ذلك بعض الروايات كمرسله جميل بن درّاج عن بعض اصحابنا، عن أحدهما عليه السلام فى حديث قال: «لا يقطع السّارق حتّى يقرّ بالسرقه مرتين، فان رجع ضمن السرقه ولم يقطع إذا لم يكن شهود»(١).

وفى روايته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقطع السارق حتّى يقرّ بالسرقه مرتين، ولا يرجم الزانى حتّى يقرّ اربع مرات»(٢).

وصحيحه ابان بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام انّه قال: «كنت عند عيسى ابن موسى فأتى بسارق وعنده رجل من آل عمر، فاقبل يسألنى فقلت: ما تقول فى السارق إذا أقرّ على نفسه انّه سرق، قال: يقطع، قلت: فما تقول فى الزنا، إذا اقرّ على نفسه مرات؟ قال: ترحمه، قلت: وما يمنعكم من السارق إذا أقرّ على نفسه مرتين أن تقطعوه فيكون بمنزله الزانى»(٣).

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ١: ٤٨٨.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ۶: ٤٨٨.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ٤٨٨.

....

الشَرح:

حيث يقال: ظاهرها انّ الإمام عليه السلام بصدد بيان أنّ المعتبر فى ثبوت السرقه شهاده عدلين، فاللازم فى تعلّق الحد بالسارق عند ثبوته بالاقرار من الاقرار مرتين، فكيف يصحّ الالتزام بالقطع بالاقرار مرّه.

بل يقال: مقتضاه كلّ مورد يعتبر فيه خصوص البينه فاللازم فى ثبوته بالاقرار هو الاقرار مرتين، بلا فرق بين حدّ السرقه وغيره، وفى الجواهر وعن بعض الميل الى القطع بالاقرار مرّه، لصحيحه الفضيل عن أبى عبدالله عليه السلام : «ان أقرّ الرجل الحرّ على نفسه عند الإمام مرّه واحده قطع»(۱).

ويضاف إليها ما يدلّ على نفوذ الاقرار من الشخص على نفسه، ودعوى أنّ مرّه واحده فى صحيحه الفضيل قيد للسرقه لا الاقرار كماترى لاـ تعدّ جمعاً عرفاً بينها ما تقدّم، ولذا قيل بحمل الصحيحه على رعايه التقيه، حيث إنّ فى صحيحه ابان بن عثمان المتقدمه اشعاراً بل ظهور فى كون الاكتفاء بالمره مذهب العامه أو بعضهم، حيث إنّه لو كان الاقرار مرتين معتبراً عندهم فى ثبوت السرقه لم يكن مورد لقوله عليه السلام : «وما يمنعكم من السارق إذا أقر على نفسه مرتين أن تقطعوه»، فانّ هذا من قبيل الاستدلال عليهم بلزوم اعتبار الاقرار مرتين.

ولكن الصحيح عدم وجه لحمل الصحيحه على رعايه التقيه، حيث يمكن أن يكون قوله عليه السلام الرد عليهم، بأنّ الاكتفاء بالمره فى ثبوت السرقه خلاف القياس عندكم نظير قوله عليه السلام : «وكيف تقضى الخائض الصوم ولا تقضى الصلاه».

وحاصل استدلاله عليه السلام إذا كان المعتبر فى ثبوت الزنا شهاده اربعه من الرجال

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۴۸۸.

شرائط المقرّ

ويشترط في المقر: البلوغ وكمال العقل [١]والحريه [٢]

الشَرح:

لأنّه فعل شخصين ولذا يعتبر في ثبوته بالاقرار الاقرار بأربع مرّات، فاللازم في ثبوت السرقه بالاقرار الاقرار مرتين لأنّ السرقه فعل شخص واحد وثبوته يكون بشهاده رجلين.

وأمّا مرسله جميل بن دراج لارسالها لا يمكن الاعتماد عليها، وفتوى المشهور باعتبار الاقرار مرتين لعلّه للاستناد الى ما فهموا من صحيحه ابان بن عثمان، وقد ذكرنا عدم دلالتها على اعتبار المرتين، وأمّا روايته عن أبي عبداللّه عليه السلام ففي سندها أيضاً على بن السندى ولم يثبت له توثيق، وهو غير على بن السّرى من اصحاب الصادق عليه السلام وذكر له توثيق، ولو فرض التعارض بين صحيحه الفضيل وبينها يرجع بعد التساقط الى اطلاق نفوذ.

[١] يعتبر في المقرّ بالسرقه البلوغ والعقل، بمعنى أنّه لا يعتبر اعتراف الصبي بسرقته المال نافذاً عليه وكذا المجنون، بأن يترتب على اقرارهما ما تقدّم في سرقه الصبي، فانّ ثبوت التعزير أو ادماء أنامله أو قطعها فيما إذا ثبت سرقته واقراره بها لا يكون طريقاً الى ثبوتها، كما لا يعتبر إقراره طريقاً الى الثبوت في سائر الموارد.

[٢] بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد له صحيحه الفضيل بن يسار، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا اقرّ المملوك على نفسه بالسرقه لم يقطع وان شهد عليه شاهدان قطع»(١).

ولكن في صحيحه ضريس عن أبي جعفر عليه السلام ، قال: «العبد إذا أقرّ على نفسه عندالإمام مرّه أنّه قد سرق قطعه والأمه أقرّت بالسرقه قطعها»(٢).

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب حد السرقه، الحديث ١: ٥٣٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد السرقه، الحديث ٣: ٤٨٧.

والاختيار، فلو أقر العبد لم يقطع لما يتضمن من اتلاف مال الغير، وكذا لو اقر مكرهاً[٣]، ولا يثبت به حدّ ولا غرم، ولو رد السرقه بعينها بعد الاقرار بالضرب، قال فى النهايه: يقطع، وقال بعض الاصحاب: لا يقطع لتطرق الاحتمال الى الاقرار، اذ من الممكن ان يكون المال فى يده من غير السرقه، وهذا حسن، ولو اقر مرتين ورجع لم يسقط الحدّ وتحتمت الاقامه [۴]ولزمه الغرم، ولو اقر مرّه لم يجب الحدّ ووجب الغرم.

الشَرح:

وفى صحيحه الاخرى للفضيل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عندالإمام بحقّ من حدود اللّه مرّه واحده، حرّاً كان أو عبداً، حرّه كانت أم أمه، فعلى الامام أن يقيم الحدّ عليه للّذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان، إلّا الزانى المحصن فانّه لا يرجمه حتّى يشهد عليه اربعه شهداء الحديث»(١).

وقد تقدّم سابقاً أنّه يحمل نفوذ اقرار المملوك على صوره تصديق مولاه، حيث مع تصديقه لا يكون اقراره على الغير او ان يجرى الحدّ عليه بعد ما يعتق كثبوت الغرم بالمال، ولكنّه بعيد لما ذكرنا من عدم فرض الاقرار بعد العتق.

[٣] يعتبر فى نفوذ الاقرار فى المقام وسائر المقامات عدم الاكراه على الاقرار، فانّ الاقرار مع الاكراه غير نافذ كالاقرار حال السكر والاغماء ونحوهما، ولو اعترف بالسرقه بعد اكراهه على الاعتراف بها، قال فى النهايه: يقطع إذا جاء بعين المال لاحراز سرقته.

وفى صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل سرق سرقه فكابرها فضرب فجاء بها بعينها هل يجب عليه القطع، قال: «نعم، ولكن لو

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١: ٣٤٣.

....

الشَرح:

اعترف ولم يجی ء بالسرقه لم يقطع لانّه اعترف على العذاب»(۱).

وفی روايه أبی البختری: «من أقرّ عند تجريد أو تخويف أو حبس أو تهديد فلا حدّ عليه»(۲).

ومقتضی التعليل فی الصحيحه كظاهر هذه الروايه أنّ مجرّد الاعتراف الاكراهی لا ينفذ على المعترف ولا حدّاً، وإذا علم السرقه ولو بحاله الاعتراف المزبور فی العلم جرى عليه الحد، وعليه فمجرّد مجيئه بعين المال المسروق لا يوجب الحدّ إذا احتمل أنّ السارق كان غيره من صديقه أو اهله.

وما ذكره الحلّی ومن تبعه: لا ـ يقطع بمجرّد مجيئه بعين المال المسروق لتطرّق الاحتمال بأن سرقته كانت محرزه، فالاكراه على الاعتراف بالضرب للاتيان بالمال المسروق، وللّه سبحانه هو العالم.

[۴] لا ينبغی التأمّل فی ثبوت الغرم بالاقرار بالسرقه ولو مرّه، فانّه من الاقرار على نفسه بالمال، سواء رجع عن اقراره بعد ذلك ام لا ـ وإذا قلنا بثبوت الحدّ ايضاً بالا ـ قرار بالسرقه مرّه أو اعتبرنا المرتين فرجوعه بعد الاقرار الموجب لاقامه الحدّ عليه لا يوجب سقوطه.

وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام فی رجل أقرّ على نفسه بحدّ ثم جحد بعد، فقال: «إذا اقرّ على نفسه عند الإمام انّه سرق ثم جحد قطعت يده وان رغم انفه، وان اقرّ على نفسه انّه شرب خمراً أو بفريه فاجلدوه ثمانين جلده الحديث»(۳).

ص: ۳۱۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۴۹۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب حد السرقه، الحديث ۲: ۴۹۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۱۹.

الرابع: فی الحدّ.

وهو قطع الاصابع الاربع من الید الیمنی، ویترک له الراحه والابهام[۱]،

الشَرح:

وفی صحیحه محمّد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «من أقرّ علی نفسه بحدّ أقمته علیه إلاّ الرجم، فانه إذا أقرّ علی نفسه ثم جحد لم یرجم»(۱).

نعم، فی المقام أمر آخر، وهو أنّ للامام أن یعفو إذا کان ثبوت الحدّ بالاقرار، بخلاف ما إذا ثبت موجبه بالبیّنه، علی ما تقدم سابقاً، وعلی هذا یحمل مرسله جمیل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما علیه السلام ، قال: «لا یقطع السّارق حتّی یقرّ بالسرقه مرتین ، فان رجع ضمن السرقه ولم یقطع»، اضف الی ذلک ما تقدّم من ضعفها سنداً لارسالها ووقوع علی بن حدید فی طریقها.

[۱] بلا خلاف بین أصحابنا، بل علیه الاجماع، یدلّ علی ذلک موثقه اسحاق بن عمار، عن أبی ابراهیم علیه السلام ، قال: «تقطع ید السارق ویترک ابهامه وصدور راحته وتقطع رجله، ویترک له عقبه یمشی علیها»(۲).

وموثقه سماعه بن عمران، قال: «إذا أخذ السارق قطعت یده من وسط الکفّ، فان عاد قطعت رجله من وسط القدم، فان عاد استودع السّجن، فان سرق فی السجن قتل»(۳).

وصحیحه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی السارق إذا سرق قطعت یمینه، وإذا سرق مرّه اخری قطعت رجله الیسری، ثم إذا سرق مرّه اخری سجنته وترکت رجله الیمنی یمشی علیها الی الغائط ویده

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۱۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳:۴۹۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳:۴۹۱.

....

الشَرح:

اليسرى يأكل بها ويستنجى بها، فقال: انّى لأستحيى من اللّه ان اتركه لا ينتفع بشىء ولكنّ اسجنه حتّى يموت فى السجن، وقال: ما قطع رسول اللّه بعد يده ورجله»(۱)، الى غير ذلک من الروايات التى تصلح ولو للتأييد للضعف فى اسنادها.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قلت له: من أين يجب القطع فبسط اصابعه، وقال: «من ها هنا يعنى من مفصل الكف»(۲)، وظاهرها قطع تمام الكف بناءً على كون التفسير من الامام عليه السلام ، ولكن لابدّ من حملها على التقيه، فانّ القطع كذلک من مذهب العامه.

ثم انّ ظاهر جماعه كون موضع القطع من الرجل اليسرى إذا عاد الى السرقه ثانياً بعد قطع اليد هو مفصل القدم، أى يترک للسّارق عقب رجله بحيث لا يبقى من عظام القدم إلّا عظم العقب والعظم الذى يكون بينه وبين الساق المسمّى برسغ القدم، وهو المفصل بين الساق والقدم.

وفى موثقه اسحاق بن عمار المتقدمه: «وتقطع رجله ويترک له عقبه يمشى عليها»، ونحوها روايتا أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «القطع من وسط الكف ولا يقطع الابهام وإذا قطعت الرجل ترک العقب لم يقطع»(۳)، ومعاويه بن عمار قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «يقطع من السارق اربع اصابع ويترک الابهام وتقطع الرجل من

ص: ۳۱۵

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱:۴۹۲.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱:۴۹۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ۲:۴۹۱.

ولو سرق ثانيه قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، ويترك له العقب يعتمد عليها، فان سرق ثالثه حبس دائماً[١]،

الشَرح:

المفصل ويترك العقب يطأ عليه»(١).

ولكن عن الصدوق قدس سره فى المقنع: انّه يقطع الرجل من وسط القدم، وعن جماعه: انّه يقطع من معقد الشراك ويترك له مؤخر القدم والعقب، وغير ذلك من التعابير، وفى موثقه سماعه المقدمه: «وان عادت قطعت رجله من وسط القدم»، وفى صحيحه زراره، عن أبى جعفر عليه السلام : «فاذا قطع الرجل قطعها من الكعب»(٢).

وكيف كان، الروايات متوافقه على أنّ اصابع الرجل الرجل والمشط من القدم الذى يتصّل بالكعب الذى هو قبه القدم و يصدق عليه القطع من وسط القدم، ويحتمل أن يكون تركه هو المراد من ترك العقب، فالمتعيّن القطع مما يتصل بالكعب الذى تقدم فى بحث الوضوء أنّه قبه القدم.

[١] بلا خلاف يعرف وقد ورد فى عدّه من الروايات المتقدّمه وغيرها، أنّه عاد ثالثه استودع فى السجن وانّه لاستحيى، وفى السجن، وفى موثقه زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «كان على عليه السلام لا يزيد على قطع اليد والرجل، ويقول: انّى لاستحيى من ربّى ان ادعه ليس له مايستنجى ء به أو يتطهّر به، قال: وسألته ان هو سرق بعد قطع اليد والرجل، قال: استودعه السجن أبداً واغنى (اكفى) عن الناس شرّه»(٣).

نعم، لو سرق بعد ذلك فى السجن قتل، بل يمكن كون السرقه بعد السجن

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ٧:۴٩١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد السرقه، الحديث ٨:۴٩١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ۵ من أبواب حد السرقه، الحديث ٢: ۴٩۵.

ولو سرق بعد ذلک قتل، ولو تکرّرت السرقه فالحدّ الواحد کاف[۱].

الشَرح:

موجباً لقتله، سواء کانت سرقته فی السجن أو خارجه، کما اذا فرّ من السجن وسرق بعد فراره.

والتقیید بالسرقه فی موثقه سماعه لکون السرقه بعد تخلیده فی السجن لا یکون إلاّ فی السجن، ولا یوجب ذلک خصوصیه کما هو المتفاهم العرفی خصوصاً بملاحظه صحیحه یونس، عن ابی الحسن الماضی علیه السلام ، قال: «اصحاب الکبائر کلّها إذا اقیم علیهم الحدّ مرتین قتلوا فی الثالثه»، فانّه یرفع الید عن مقتضاها بالاضافه الی السرقه بعد قطع الرجل، حیث ذکرنا أنّ مقتضی الروایات تخلیده فی السجن بعد تلک السرقه.

[۱] إذا تکرّرت السّرقه قبل اجراء الحد یتعلّق به حدّ واحد، والمحکی عن المخالفین ایضاً عدم تعدّد الحد، ویمکن التفصیل بین ما کان ثبوت السرقات المتعدّده قبل اجراء الحد علیه فلا یتعلق به إلاّ حد واحد، وأمّا إذا کان ثبوت بعض تلک السرقات بعد ثبوت بعضها الاخری واجراء الحدّ علیه یتعلّق به الحد الثانی.

ویدل علی ذلک صحیحه بکیر بن أعین، عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل سرق فلم یقدر علیه ثم سرق مرّه ولم یقدر علیه وسرق مرّه خری فأخذ فجاءت البیّنه، فشهدوا علیه بالسرقه الاولی والسرقه الأخیره، فقال: «تقطع یده بالسرقه الاولی ولا تقطع رجله بالسرقه الاخیره»، فقیل له: وکیف ذاک؟ قال: «لأنّ الشهود شهدوا علیه بالسرقه الاخیره قطعت رجله الیسری»(۱).

وظاهرها شهاده السهود بالسرقه الثانیه بعد اجراء الحدّ علیه من السرقه الاولی یوجب قطع الرجل، مع فرض وقوع السرقه الثانیه قبل اجراء الحد الاوّل.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹، من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۴۹۹.

ولا يقطع اليسار مع وجود اليمين، بل يقطع اليمين ولو كانت شلّاء[۱]،

الشَرح:

[۱] المشهور بين الاصحاب قطع اليمنى من السارق، سواء كانت صحيحه أو شلّاء، وسواء كانت يسراه ايضاً شلاء أم لا.

ويستدلّ على ذلک بعد الاطلاق فی مثل صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، قال: «قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی السارق إذا سرق قطعت يمينه وإذا سرق قطعت رجله اليسرى»(۱)، فانّها باطلاقها تعمّ ما إذا كانت يمناه صحيحه أو شلّاء، بصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه عليه السلام فی رجل أشل اليد اليمنى أو اشل الشمال سرق، قال: «تقطع يده اليمنى على كلّ حال»(۲).

وصحيحه زراره عن أبی جعفر وعبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه عليه السلام : «ان الأشل إذا سرق قطعت يمينه على كلّ حال، شلّاء كانت أو صحيحه، فان عاد فسرق قطعت رجله اليسرى، فان عاد خلد فی السجن واجرى عليه من بيت المال وكفّ عن الناس»(۳).

عن المبسوط والوسيله: انّ الشلّاء إذا كانت بحيث لا تندمل عروقه بل تبقى مفتوحه كان كفاقد اليمنى، وإذا كانت بحيث تنسدّ عروقه المفتوحه وتندمل يقطع ويحرز ذلک بقول الاطباء، وإذا يحرز شیء من ذلک يقطع أخذاً باطلاق ما دلّ على قطع يمين السارق، وعن الاسكافی من كانت يده اليسرى شلّاء أو معدمه لم يقطع يمناه، كمن كانت يمناه معدومه حيث يخلد فی الحبس.

واستدلّ على ذلک بانّه لو قطعت يمناه مع شلل يسراه يبقى بلا يد يستنجی

۱- (۱) الوسائل، ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱۰: ۴۹۵.

۲- (۲) الوسائل، ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۵۰۲.

۳- (۳) الوسائل، ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵۰۲.

وکذا لو کانت الیسار شلّاء أو کانتا شلائین قطعت الیمین علی التقدیرین، ولو لم یکن له یسار قال فی المبسوط: قطعت یمینه، وفی روایه عبدالرحمن بن الحجاج، عن أبی عبداللّه علیه السلام : لا یقطع، والأوّل اشبه[۱].

الشَرح:

بها، وبمرسله المفضل بن صالح عن بعض اصحابه، قال: قال: أبو عبداللّه علیه السلام : «إذا سرق الرجل ویده الیسری شلّاء لم تقطع یمینه ولا رجله، وان کان اشل ثم قطع ید رجل قصّ منه، یعنی لا تقطع فی السرقه ولکن یقطع فی القصاص»(۱).

وصحیحه عبدالحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن السارق الی ان قال: قلت له: لو أنّ رجلاً قطعت یده الیسری فی قصاص فسرق ما یصنع به، قال: فقال: «لا یقطع ولا یترک بغیر ساق»(۲).

ولکن لا یخفی أنّ المرسله لضعفها لا یمکن الاعتماد علیها، وصحیحه عبدالرحمن بن الحجاج لا تدلّ علی عدم قطع الیمنی مع شلل الیسری، بل مدلولها انه إذا فقد الرجل یسراه فی القصاص لا یقطع یمناه للسرقه، وهذا غیر کون یسراه شلّاء.

وما فی صحیحه زراره وغیرها: أنّی استحیی من ربّی ان ادعه لیس له ما یستنجی به أو یتطهّر به، یحمل علی حکمه عدم قطع الیسری بالسرقه الثانیه، بعد ورود ما دلّ علی أنّ الیمنی فی السرقه تقطع ولو کانت یسراه شلّاء أو کان مشلول الیدین.

[۱] المشهور أنّه یقطع الید الیمنی ممّن لا یسار له إذا سرق، ویستدلّ علی ذلک بتعلّق الحدّ بقطع الیمنی، کما هو ظاهر صحیحه محمّد بن قیس المتقدمه،

۱- (۱) الوسائل، ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۲: ۵۰۲.

۲- (۲) الوسائل، ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۳: ۵۰۲.

وأمّا لو كان يمين حين القطع فذهبت لم يقطع اليسار لتعلّق القطع بالذاهبه[۱].

الشَرح:

والمفروض وجود اليمنى، فلا يكون فقد اليسرى لصوره كون اليسرى شلّاء موجباً لسقوط الحد المتعلق باليمنى، وكما رفع اليد عن مقتضى التعليل السابق فى صوره كون اليسرى شلّاء كذلك يرفع اليد عنه فيمن لا يسرى له.

ولكن مقتضى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج أنّه لا تقطع يمناه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن السارق يسرق فقطع يده، ثم يسرق فقطع رجله، ثم يسرق، هل عليه قطع، فقال: «فى كتاب على عليه السلام : انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله مضى قبل أن يقطع اكثر من يد ورجل»، وكان على صلى الله عليه و آله يقول: «انى لأستحيى من ربّى لا ادع له يستنجى بها أو رجلاً يمشى عليها»، قلت له: لو أنّ رجلاً قطعت يده اليسرى فى قصاص فسرق ما يصنع به، قال: فقال: «لا تقطع ولا يترك بغير ساق»، قال: قلت: لو أنّ رجلاً قطعت يده اليمنى فى القصاص ثم قطع يد رجل اقتصّ منه أم لا، فقال: «انما يترك فى حق اللّه فاما فى حقوق الناس فيقتص منه فى الاربع جميعاً، وظاهر أنّ الحدّ الشرعى لا يكون ان يترك الرجل بلا يد يستنجى بها ولا بلا ساق حتّى يمشى به».

وعليها، فدلالتها على عدم القطع فى فرض اليسرى تامّه، غايه الأمر يرفع اليد عن التعليل الوارد فيها وفى غيرها فيمن كان يده اليسرى شلّاء على ما تقدّم، والمناقشه فى الصحيحه بانّها معرض عنها غير صحيحه، واجمال ما ورد فيها: «ولا يترك بغير ساق» مع عدم الاجمال، كما اشرنا لا يضرّ بظهورها كما تقدم، ولعلّ زعم الاجمال ومقتضى عموم التعليل اوجب ترك العمل بها، واللّه سبحانه هو االعالم.

[۱] قد ذكرنا فيمن لا يسرى له لا يقطع بالسرقه، وحيث إن السرقه فى

....

الشَرح:

الفرض لا توجب تعلق الحد، فيكون للحاكم تعريره لارتكابها، وكذلك الحال إذا كانت له يمنى عند السرقه فذهبت بعدها لم تقطع يسارها لا يسار يده ولا رجله اليسرى، فانّ ما يتعلّق به الحد يعنى اليمنى قد ذهبت وقطع اليد اليسرى أو قطع رجله اليسرى ليس بحدّ فى السرقه الاولى، فتصل النوبه الى تعزيره.

وكذا الحال فيمن لا يمنى له بالاضافه، بل لو ارتكب بعد هذه السرقه سرقه اخرى لا يقطع رجله اليسرى بالثانيه، لأنّ قطع الرجل اليسرى حدّ للسرقه الثانيه بعد جريان الحد على سرقته الاولى، والمفروض عدم جريانه عليه، بل إذا سرق ثالثه لا يحبس هذا أبداً فانّ الحبس أبداً حدّ للسرقه بعد قطع اليمنى والرجل اليسرى، ويتعين فى حقه التعزير، بناءً على أنّ قوله عليه السلام : «اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فى الثالثه»، لا يعمّ موارد التعزير مرتين.

لا ـ يقال: قطع يسار من لا يمنى له بالاضافه أو بالعرض مقتضى الآيه المباركه، حيث لم يرد فى الآيه قطع خصوص اليد اليمنى، بل تعيين اليمنى مستفاد من مثل صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، والتحديد فيها باليمنى لا يشمل صوره فقد اليمنى، ومع فقدها يؤخذ بالاطلاق فى الآيه المباركه.

فانّ يقال: مقتضى التعليل فى عدم قطع اليسار فى السرقه الاخرى بانّه لا يترك الرجل بلا يد يستنجى بها عدم القطع فى الفرض، وان حدّ القطع يتعلّق باليمنى على تقديرها وإلاّ فلا قطع.

نعم، لو قيل بانّه لم يكن له أصابع فى يده اليمنى اصلاً أو بالعارض فسرق يقطع باقى اليد اليمنى أى الراحه أخذاً باطلاق الآيه المباركه، بعد كون التحديد بقطع الاصابع ناظراً إلى من يكون له الاصابع، كان لما ذكر وجهاً، حيث يبقى له

سقوط الحد بالتوبه

ولو سرق ولا يمين له قال فی النهایه: قطعت یساره، وفی المبسوط: ینتقل الی رجله، ولو لم یکن له یسار قطعت رجله الیسری، ولو سرق ولا ید له ولا رجل حبس، وفی الکلّ اشکال من حیث إنّه تخطّ عن موضع القطع، فیقف علی اذن الشارع، وهو مفقود.

ویسقط الحدّ بالتوبه قبل ثبوته[۱]، ویتحتم لو تاب بعد البینه، ولو تاب بعد الاقرار قیل: یتحتّم القتل، وقیل: یتخیر الامام فی الاقامه والعفو، علی روایه فیها ضعف.

الشَرح:

الیسری بعد قطع راحته الیمنی لیستنجی بها، إلاّ ان یدّعی ظهور الروایات المتقدّمه فی التحدید بقطع الاصابع انّ القطع لا یتعلّق بغیر الاصابع، لأنّ قطع غیرها لا یدخل فی المراد بالآیه مطلقاً.

[۱] وهذا هو المشهور بین الاصحاب، ویستدلّ علیه بصحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً الی اللّه عزّ وجلّ تردد سرقته الی صاحبها ولا قطع علیه»(۱).

وقد یناقش فی الاستدلال بأنّ مدلولها یعمّ ما إذا کانت توبته بعد ثبوت سرقته عند الحاکم، مع أنّهم ذکروا بتحتّم القطع لو کانت توبته بعد قیام البیّنه بسرقته، کما هو ظاهر الماتن ایضاً.

وبتعبیر آخر، مدلولها أنّ مجیء السارق بنفسه الی الحاکم تائباً عن عمله یوجب سقوط الحد عنه، بخلاف ما أظهر التوبه بعد أخذه، سواء کان ثبوت سرقته عند الحاکم بالبیّنه أو بغیرها، ودعوی انصرافها عن صوره مجیء السارق بنفسه الی الحاکم بعد ثبوت سرقته عنده بالبیّنه کماتری، ولذا عنون فی الوسائل: الباب

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۶، من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۳۲۷

....

الشَرح:

بأنّ من تاب قبل أن يؤخذ سقط عنه الحدّ.

ولكن يمكن الجواب عن المناقشه بأنّه يستفاد من معتبره طلحه بن زيد أنّه مع ثبوت موجب الحد بالبيّنه ليس للامام إلاّ اقامه الحدّ، فانّه روى عن جعفر بن محمّد عليهم السلام قال: «جاء رجل الى أمير المؤمنين عليه السلام فاقرّ بالسّرقه له، فقال له: أتقرأ شيئاً من القرآن، قال: نعم سوره البقره، قال: وهبت يدك لسوره البقره، قال: فقال الاشعث، أتعطّل حداً من حدود اللّه، فقال: ويدريك ما هذا إذا قامت البيّنه فليس للامام ان يعفو، وإذا أقرّ الرجل على نفسه فذاك الامام، ان شاء عفا وان شاء قطع»(۱).

فانّ مقتضى قوله عليه السلام : «إذا قامت البيّنه للامام ان يعفو»، لزوم اقامه الحدّ على المرتكب بعد قيام البيّنه بالارتكاب، بلا فرق بين توبته وعدمه.

ولو فرض لصحيحه عبداللّه بن سنان اطلاق يقتضى سقوط الحدّ عن التائب، ولو فى فرض قيام البيّنه على ارتكابه يؤخذ باطلاق المعتبره، حيث انّه موافق للكتاب المجيد الدالّ على وجوب قطع يد السارق، فتكون النتيجه عدم سقوط الحد عن التائب إذا ثبت سرقته بالبيّنه ولو كانت توبته قبل ان يؤخذ.

اللّهم إلاّ أن يقال: لا تنافى بين الصحيحه والمعتبره، فانّ الصحيحه ناظره الى مسقطيه التوبه الحدّ إذا كانت التوبه من المرتكب قبل ان يؤخذ، والمعتبره ناظره الى أن للامام أن يعفو ولايجرى الحدّ على المرتكب إذا كان ثبوت الارتكاب باقراره لا بالبيّنه بالارتكاب تاب أو لم يتب، كما اوضحنا ذلك سابقاً.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۳۱

ولو قطع الحدّاد يساره مع العلم فعليه القصاص، ولا يسقط قطع اليمين بالسرقه[۱]، ولو ظنّها اليمين فعلى الحداد الديه، وهل يسقط قطع اليمين، قال فى المبسوط: لا لتعلّق القطع بها قبل ذهابها، وفى روايه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «انّ علياً عليه السلام قال: لا تقطع يمينه وقد قطعت شماله».

الشَرح:

ويؤيدّ ذلك ظاهر الكتاب المجيد فى سقوط الحدّ عن المحارب إذا تاب قبل ان يقدروا عليه، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] فانّ القصاص من الحدّاد مع تعمدّه فى قطع يساره وعلمه بعدم جواز قطعها مقتضى الاطلاق فيما دلّ على جواز القصاص فى الاطراف، كما أنّ كون الديه عليه مع ظنّه أنّها يمناه ما دلّ على ثبوت الديه على الجانى.

وأمّا ما ذكره قدس سره من عدم سقوط قطع يمنى السارق فلا يمكن المساعده عليه، لما تقدّم من أنّ مقتضى ما دلّ على أنّه لا يترك الانسان باجراء الحدّ عليه بلا يد سقوط حدّ القطع.

وعلى الجمله المشهور وان التزموا بلزوم قطع اليمنى فى الفرض لتعلّق الحدّ به من قبل، إلاّ انّه غير تامّ، فانّ ما ذكروه لا يكون مدركاً للحكم بعد دلاله ما تقدّم فى الروايات انّه لا يترك انسان بلا يد باجراء الحدّ عليه، نعم رفعنا اليد عن ذلك فيمن كان يساره أشلّ كما يسقط قطع اليمنى إذا قطع الحدّاد يساره اشتباهاً.

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أمر به أن تقطع يمينه فقدّمت شماله فقطعوها وحبسوها يمينه وقالوا: انما قطعنا شماله أتقطع يمينه، قال: فقال: لا لا تقطع يمينه وقد قطعت شماله الحديث»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۴۹۶.

وإذا قطع السارق يستحب حسمه بالزيت المغلی نظراً له وليس بلازم[۱]، وسرايه الحدّ ليست مضمونه، وان اقيم فی حر أو برد، لأنّه استيفاء سائغ[۲].

الشَرح:

وربّما يستفاد منها انّ الحكم كذلک ايضاً فی صوره عمد الحدّاد، لعدم احتمال الفرق بحسب ما ذكر فی الجواب.

[۱] الكلام تاره فيما إذا لم يتوقف الابقاء علی حياه السارق بعد قطع يده علی حسمه بالزّيت أو غيره ممّا يكون موجباً لانسداد العروق المقطوعه الموجب لانقطاع نزف الدم، وفی هذا الفرض لا يجب علی الإمام ولا علی المتصدی لإقامه الحد ذلک، بل يستحبّ فانّه كاطعامه ومداوی يده حتّی يبرء من الاحسان اليه، كما يشهد بذلک صحيحه محمّد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام : «قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی رجلين قد سرقا من مال اللّه أحدهما عبد من مال اللّه والآخر من عرض الناس الی ان قال: فقدّمه وقطع يده، ثم أمر أن يطعم اللحم والسمن حتّی برئت يده»(۱).

وفی روايه حذيفه بن منصور عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: «اتی أمير المؤمنين عليه السلام بقوم سراق قد قامت عليهم البيّنه وأقرّوا، قال: فقطع ايدهم، ثم قال: يا قنبر ضمّهم اليک فدا وكلومهم واحسن القيام عليهم فاذا برءوا فاعلمنی الحديث»(۲).

وأمّا إذا توقف حفظ حياته علی الحسم ولم يتمكّن السارق منه، فالظاهر وجوب ذلک تحفظاً علی حياته.

نعم، لا يختصّ وجوب ذلک علی الحاكم أو علی الحدّاد، بل ذلک واجب بنحو الواجب الكفائی، ولا يبعد ان يكون الاستحباب العينی علی الحاكم لما تقدم.

[۲] قد تقدّم سابقاً أنّه لا ديه لمن قتله القصاص، أو الحدّ، وما ورد فی عدم

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۴: ۵۲۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۳: ۵۲۹.

....

الشَرح:

ضمانها مقتضاه عدم ضمان السرايه الموجبه لاستناد القتل الى القصاص والحد، ويجرى ذلك فيما إذا اقيم الحدّ فى الحر أو البرد، بأن كان ايقاعه فى الحر أو البرد موجباً للسّرايه، فانّه بعد فرض جواز ايقاع الحدّ عليه فى حرّ أو برد وكونه جائزاً، فمع استناد القتل الى ايقاعه فيهما لا يكون ضمان.

نعم، قد تقدّم أنّ المرتكب إذا كانت مستحاضه أو مريضاً يؤ خر إقامه الحد عليه، كما يدلّ عليه معتبرتان للسكونى وغيرهما، ويمكن أن يستفاد منها وجوب تأخير الحدّ إذا كانت اقامته على المرتكب عرضه لقتله، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فاتّفق السرايه، فانّ الاجراء عليه مقتضى ما ورد فى عدم جواز التأخير فى الحدود.

لا يقال: قد ورد فى بعض الروايات ضمان الإمام السرايه فى الحدود التى من حقوق الناس، وقيل: إنّ حد السرقه منها.

وفى روايه الحسن بن صالح الثورى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فان ديته علينا»، وفى مرسله الصدوق قال: قال الصادق عليه السلام : «من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فديته علينا»(۱).

فانّه يقال: مع احتمال انّهما روايه واحده لا يمكن الاعتماد على شىء منهما، لضعف الاولى بالحسن بن صالح الثورى وارسال الثانيه، مع أنّهما لا يعمّان المقام،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۴: ۳۱۲.

الخامس: فی اللواحق، وهی مسائل:

الأولی: یجب علی السارق اعاده العین المسروقه، وان تلفت اغرم مثلها أو قیمتها ان لم یکن لها مثل، وان نقصت فعلیه ارش النقصان، ولو مات صاحبها دفعت الی ورثته، وان لم یکن له وارث فالی الامام[۱].

الشَرح:

لعدم کون الحدّ فی المقام ضرباً وکون حدّ السرقه من حقوق الناس فیه ما یأتی.

وعلی الجمله لا یمکن بهما رفع الید عن اطلاق ما دلّ علی عدم الضمان فی قتل القصاص أو الحدّ.

[۱] وذلک فانّ ید السارق علی العین المسروقه من ید العدوان فیجب ردّ العین الی مالکها مع عدم تلفها ومعه ردّ مثلها أو قیمتها، علی ما هو المقرّر فی باب ضمان المثلی أو القیمی، سواء قطعت یده بهذه السرقه أم لا.

وفی صحیحه سلیمان بن خالد، قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «اذا سرق السارق قطعت یده وغرم ماأخذ»(۱)، وفی موثقه محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام ، «یتبع السارق بسرقته وان قطعت یده ولا یترک ان یذهب بمال أمره مسلم»(۲).

وعلی ما ذکر فان حدث فی یده أو ید الآخر ممّن أخذ العین منه نقصان وعیب فی العین ضمنه، کما هو الحال فی ضمان الغاصب نقص العین المغصوبه فیردّ العین أو البدل الی مالکها مع حیاته، ومع فرض مماته یجب الدفع الی ورثته، ومع عدم وجدان الوارث یجری علیه حکم مال من لا یوجد له وارث، فیدفع الی الإمام علیه السلام أو من یدفع الیه مال الإمام من سائر الاموال، علی ما هو المقرّر فی بابی الخمس والإرث.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۰۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۴: ۵۰۱.

حکم ما لو تکررت السرقه ثم أخذ

الثانیه: إذا سرق اثنان نصاباً ففی وجوب القطع قولان، قال فی النهایه: یجب القطع[۱]، وقال فی الخلاف: إذا نقب ثلاثه فبلغ نصیب کل واحد منها نصاباً قطعوا، وان کان دون ذلک فلا قطع والتوقف أحوط.

الثالثه: لو سرق ولم یقدر علیه ثم سرق ثانیه قطع بالأخیره[۲] واغرم المالین،

الشَرح:

[۱] إذا اشترک اثنان أو اکثر فی سرقه النصاب بأن اخرجا معاً العین من محرزه بعد هتکهما المحرز، قال فی النهایه: یقطع ید کل واحد، وهو المحکی عن المفید والمرتضی وجمیع اتباع الشیخ، بل عن المرتضی فی الانتصار وصاحب الغنیه دعوی الاجماع علیه.

ویستدلّ علی ذلک بصحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام ،قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی نفر نحروا بعیراً فأکلوه فامتحنوا أیّهم نحروا، فشهدوا علی انفسهم أنّهم نحروه جمیعاً لم یخصّوا أحداً دون احد فقضی ان تقطع ایمانهم»(۱).

أقول: ظاهر ما ورد فی اعتبار النصاب أن یکون المال الذی سرقه السارق بذلک المقدار، وان کلّ من سرق النصاب یقطع واستناد السرقه الواحده الی المتعدد مقتضاه سرقه کلّ منهم بعض النصاب لاتمامه.

وأمّا صحیحه محمّد بن قیس فلا یمکن الاستدلال بها علی الحکم المزبور، فانّها قضیه فی واقعه یمکن أن یبلغ سهم ما سرقه کلّ منهم بمقدار النصاب، أضف الی ذلک أنّ ما فی السؤال فامتحنوا أیّهم نحروا الخ، یناسب ضمان کلّ واحد لا سرقه کل منهم، فلا موجب لما ذکر الماتن من أنّ التوقف احوط.

[۲] إذا تکرّرت السّرقه من شخص وأخذ بعد السرقه الاخیره فشهدت البیّنه بالسرقه الاولی والاخیره، أو شهدت بینه بالاولی وبیّنه اخری بالاخیره یقطع یده

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۴ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۳۱.

ولو قامت الحجه بالسرقه ثم امسكت حتى قطع ثم شهدت عليه بالأخرى، قال فى النهايه: قطعت يده بالاولى ورجله بالثانيه استناداً الى الروايه، وتوقف بعض الاصحاب فيه، وهو اولى .

الشَرح:

اليمنى فقط بلا خلاف بين الاصحاب، وهل القطع بالسّرقه الاولى أو بالاخيره أو بهما معاً فكلماتهم مختلفه، فانّ المحكى عن المقنع والفقيه والكافى والقواعد انّه بالاولى، وعن الماتن أنّه بالاخيره، وظاهر المسالك انّه بهما، لأنّ كلّاً منهما موجب تام للقطع، فمع اجتماعهما يتداخلان.

ويقال: تظهر الثمره فيما إذا عفى عنه المسروق منه اوّلاً فانّه مع عفوه لا يقطع يمناه لأنّ الموجب لقطع يده السّرقه منه، والمفروض انّه عفى عنه، والثانيه لا توجب القطع، بخلاف ما إذا قيل بأنّ القطع بالثانيه أو بالتداخل فانّه مع عفوه يقطع، لأنّ السرقه الثانيه هى الموجب للقطع أو أنها الموجب ايضاً.

ولكن لا يخفى أنّ صحيحه بكير بن اعين وان كانت ظاهره فى القطع بالاولى، وكونها واجده لما هو المعتبر فى قطع السارق والسرقه بعد ثبوتها عند الحاكم قابله للعفو إذا كان الثبوت بلا مرافعه المسروق منه كما يأتى، ولكن من المحتمل جدّاً أن يكون المراد بالقطع بالاولى عدم قطع رجله بالسرقه الاخيره، لا أنّها لا توجب اليد، وعليه فلا يسقط حدّ القطع إذا عفى عنه المسروق منه أوّلاً.

قيل لأبى جعفر عليه السلام فى رجل سرق فلم يقدر عليه ثم سرق مره اخرى ولم يقدر عليه وسرق مرّه اخرى فأخذ فجاءت البينه فشهدوا عليه بالسرقه الاولى والاخيره، فقال: «تقطع يده بالسرقه الاولى ولا يقطع رجله بالسرقه الاخيره»، فقيل له: وكيف ذلك؟ قال: «لأنّ الشهود شهدوا جميعاً فى مقام واحد بالسرقه الاولى والاخيره قبل ان يقطع بالسرقه الاولى، ولو أنّ الشهود شهدوا عليه بالسرقه الاولى

قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق منه

الرابعه: قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق منه[۱]، فلو لم يرافعه لم يرفعه الامام وان قامت البينه، ولو وهبه المسروق منه يسقط الحدّ وكذا اذا عفى عن القطع، فاما بعد المرافعه فانّه لا يسقط بهبه ولا عفو.

الشَرح:

ثم امسكوا حتّى يقطع ثم شهدوا عليه بالسرقه الاخيره قطعت رجله اليسرى»(۱).

وظاهر ذيلها أنّه لو امسك الشهود عن الشهاده بالاخيره الى ان قطع يده اليمنى بالسرقه الاولى المشهود بها ثمّ شهدوا بالاخيره، تقطع رجله اليسرى بالسرقه الاخيره التى وقعت قبل قطع يده اليمنى .

وذكر الماتن التوقّف عن العمل بظاهر الذيل، وانّه اولى، بل عن الشيخ فى المبسوط وابن ادريس والعلامه فى المختلف والتحرير نفى قطع رجله اليسرى بذلك، ولعلّ الموجب لذلك ظهور ما ورد فى قطع الرجل بالسرقه الثانيه وقوع تلك السرقه بعد القطع بالسرقه الاولى.

ولكن لا يخفى أنّ الظهور المزبور ظهور اطلاقى فى مقام البيان المعبر عنه بالاطلاق المقامى، والمراد بالظهور المزبور ما ذكر فى ان الموجب لقطع الرجل السرقه بعد قطع اليد دون غيرها، فيرفع اليد عن الظهور الاطلاقى بما ورد فى الصحيحه أنّ السرقه الاخرى إذا وقعت قبل القطع بالاولى، ولكن ثبوتها كانت بعد هذا القطع توجب قطع الرجل ايضاً.

[۱] قد نسب الى المشهور اشتراط اقامه الحد على السارق بمرافعه المسروق منه، فلو لم يرافع السارق لم يجر عليه حد السرقه، حتّى ما إذا قامت البينه حسبه عند الحاكم بسرقته أو جاء السارق الى الحاكم وأقرّ على نفسه بسرقته.

ويستدلّ على ذلك بروايه الحسين بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۱: ۴۹۹.

....

الشَرح:

يقول: «الواجب على الامام إذا نظر الى رجل يزنى أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ولا يحتاج الى بيّنه مع نظره، لأنّه امين اللّه فى خلقه وإذا نظر الى رجل يسرق ان يزبره وينهاه ويمضى ويدعه، قلت: وكيف ذلك؟ قال: لأنّ الحق إذا كان اللّه فالواجب على الامام اقامته وإذا كان للناس فهو للناس»(۱).

وفى مقابل ذلك ما يدلّ على أنّ حدّ السرقه من حقوق اللّه، ولا يكون من قبيل حدّ القذف ولا من قبيل القصاص، وفى صحيحه الفضيل، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام بحدّ من حدود اللّه فى حقوق المسلمين فليس على الإمام أن يقيم عليه الحد الذى أقرّ به عنده حتّى يحضر صاحب الحق أو وليه فيطالبه بحقّه، قال: فقال له بعض اصحابنا: يا ابا عبداللّه فما هذه الحدود التى إذا اقر بها عند الإمام مرّه واحده على نفسه اقيم عليه الحد فيها، قال: «إذا اقرّ على نفسه عند الإمام بسرقه قطعه، فهذا من حقوق اللّه الحديث»(۲).

وحيث إنّ روايه الحسين بن خالد لا تخلو عن ضعف السند، فلا تصلح جعلها معارضه للصحيحه، بل على تقدير تعارضهما تقدّم الصحيحه لموافقتها لاطلاق الآيه المباركه الوارد فيها الأمر بقطع يد السارق والسارقه.

اضف الى ذلك ما تقدّم فى معتبره طلحه بن زيد من هبه على عليه السلام السارق يده بالعفو، وعلل ذلك العفو بعدم ثبوتهابالبيّنه، ومقتضاه جواز قطع يد السارق باقراره على سرقته ولزومه بقيام البيّنه حتّى مع عدم حضور المسروق منه، كما لا يبعد أن يكون المفروض فى المعتبره عدم حضوره.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۴۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۴۴.

....

الشَرح:

نعم فی البین مـا یـدلّ علی انّ للمسروق منه إذا وهب المـال المسروق لسـارقه أو عفی عنه، بأن لم یرفعه الی الحاکم سـقط عنه الحدّ، فلو أراد بعد العفو رفعه الی الحاکم أو قامت عند الحاکم البیّنه بسرقته لم یقطع.

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن الرجل یأخذ اللّص یرفعه أو یترکه، فقال: «ان صفوان بن امیّه کان مضطجعاً فی المسجد الحرام الی ان قال: فقال: رسول اللّه صلی الله علیه و آله «فهلّا کان قبل ان ترفعه الیّ»(۱).

وفی موثقه سماعه بن مهران عن أبی عبداللّه علیه السلام : «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذلک له فاذا رفع الی الإمام قطعه، فان قال الذی سرق له: انا اهبه له لم یدعه الی الإمام حتّی یقطعه إذا رفعه الیه، وانما الهبه قبل ان یرفع الی الإمام، وذلک قول اللّه عزّ وجلّ «والحافِظونَ لحدُودِ اللّه»(۲)، فاذا انتهی الحد الی الإمام فلیس لا حد ان یترکه»(۳).

ثم انّه یبقی الکلام فی معارضه مادلّ علی عدم قطع السارق قبل مرافعه المسروق منه مع صحیحه الفضیل التی ورد فیها أنّ السارق إذا أقرّ بسرقته عند الإمام قطعه فانّها من حقوق اللّه، ولکن الصحیح لیس فی البین ما یدلّ علی عدم القطع بالشهاده بالسرقه حسبه أو باقرار السارق، غایه ما تقدم نفوذ عفو المسروق منه عن السارق بعدم رفعه الی الحاکم او هبه المال ایّاه قبل الرفع، فیکون مقیداً لاطلاق صحیحه الفضیل.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۲: ۳۳۰.

۲- (۲) التوبه ۱۱۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث ۳: ۳۳۰.

لو سرق مالاً ثم ملكه

فرع: لو سرق مالاً فملكه قبل المرافعه سقط الحدّ، ولو ملكه بعد المرافعه لم يسقط[۱].

الخامسه: لو اخرج المال واعاده الى الحرز لم يسقط الحدّ لحصول السبب التام الموجب، وفيه تردّد، من حيث إنّ القطع موقوف على المرافعه وإذا دفعه الى صاحبه لم يبق له المطالبه[۲].

ولو هتك الحرز جماعه واخرج المال أحدهم فالقطع عليه خاصه، لانفراده بالسبب الموجب، ولو قرّبه أحدهم واخرجه الآخر فالقطع على المخرج[۳]، الشَرح:

[۱] لما تقدّم من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله لصفوان بن اميّه بعد ما قال فانا أهبه له: «فهلّا كان هذا قبل ان ترفعه الىّ»، فانه يستفاد من قوله صلوات اللّه وسلامه عليه وآله أن هبه المال لا تفيد فى سقوط الحد إذا كانت بعد المرافعه، ويفيد فى سقوطه إذا كانت قبلها، وحيث إنّ الهبه لا خصوصيه لها، والمراد تملك المال المسروق كانت بالهبه أو بغيرها يكون تملّكه قبل المرافعه مسقطاً للحد وغير مسقط بعدها.

[۲] لو قيل بأنّ اقامه الحدّ على السارق موقوف على المرافعه ومطالبه المسروق منه ماله عند الحاكم، فمع ردّ المال الى حرزه لا يكون موجب للمرافعه بمطالبه المسروق منه ماله، بل يخرج السارق عن الضمان بالرّد المزبور، لأنّ الاعاده الى الحرز يحسب من ردّ المال على مالكه.

وأمّا إذا قيل بعدم توقف اقامته عليه على المرافعه فلا موجب لسقوط الحدّ وان خرج السارق عن ضمان المال، حيث انّ غايته ردّ المال على مالكه.

وأمّا إذا قيل بعدم توقف اقامته عليه على المرافعه فلا موجب لسقوط الحدّ وان خرج السارق عن ضمان المال، حيث انّ غايته ردّ المال على مالكه.

[۳] قد تقدّم أنّ الموجب لحدّ السرقه هتک حرز المال واخراجه منه، وبما

وكذا لو وضعها الداخل فى وسط الثقب وأخرجها الخارج ، وقال فى المبسوط: لا قطع على احدهما، لأنّ كل واحد لم يخرجه عن كمال الحرز.

السادسه: لو اخرج قدر النصاب دفعه وجب القطع، ولو اخرجه مراراً ففى وجوبه تردّد، أصحّه وجوب الحد[١]، لأنّه اخرج نصاباً، واشتراط المره فى الاخراج غير معلوم.

الشَرح:

أنّ الاخراج فى الفرض من أحد الهاتكين فيتمّ الموجب للحد فى حقّه دون غيره، وكذا إذا اقرّب المال أحدهم الى الاخراج من داخل المحرز، وأخرجه من ذلك الموضع غيره، فالقطع على المخرج بعد كونه ممّن هتك الحرز ولا يقطع على من قرّبه الى الموضع المزبور، لأنّه لم يخرج المال عن محرزه، فيكون نظير من رفع المال عن موضع من المحرز ووضعه فى موضع آخر من ذلك المحرز فى عدم صدق الموجب للحد عن الرفع والوضع المزبورين.

وأمّا إذا هتك الحرز اثنان أو اكثر ودخل احدهم المحرز ووضع المال فى وسط النقب الذى هتكوا به المحرز وأخذ الخارج، فالمشهور على ما قيل انّ القطع على الثانى، وأمّا الذى وضع المال فى وسط النقب فلا قطع عليه، لأنّه لم يخرج المال عن حرزه، وقال فى المبسوط: أنّه لا قطع على احد منهما لأنّ كلّ واحد لم يخرجه عن حرزه الكامل.

ولكن لا يبعد أن يحسب وسط النقب فى بعض الصور من توابع الحرز فيكون القطع على المخرج منه.

[١] ظاهر ما دلّ على تعلّق القطع فى سرقه النصاب أن يكون سرقته بالسرقه الواحده عرفاً، وكون السرقه واحده لا ينافى اخراج المال عن محرزه بعد هتكه بدفعات، وإذا كان اخراجه بالسرقات، سواء كان المسروق منه شخصاً واحداً أو

السابعه: لو نقبّ واخذ النصاب واحدث فيه حدثاً ينقص به قيمته عن النصاب ثم اخرجه، مثل ان خرق الثوب أو ذبح الشاه فلا قطع[١]، ولو اخرج نصاباً فنقصت قيمته قبل المرافعه ثبت القطع.

الشَرح:

شخصين، فلا قطع إذا لم يبلغ المال فى كل سرقه بمقدار النصاب، ولو اخرج مالين من محرز بعد هتكه احدهما لشخص والآخر لآخر، وقد بلغ مجموعهما النصاب قطع كما لو سرق مالين فى سرقتين وكانا لشخص واحد لم يقطع إذا لم يبلغ كل منهما النصاب.

[١] إن كان إحداث الحدث فى المال الموجب لنقصان قيمته عن النصاب قبل اخراجه من الحرز، كما إذا خرق الثوب قبل الاخراج أو ذبح الشاه قبله فلا قطع، فانّه وان يضمن الحدث حيث انّه من اتلاف الوصف فيه إلاّ انّ الحد يتعلّق بالسارق إذا اخرج النصاب عن حرزه بعد هتكه، ولا يكون ذلك مع احداث الحدث فيه فى حرزه بحيث يسقط قيمته عن النصاب.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما حدث فى المال حدث فى حرزه بأمر لا ينسب اليه، فانّه لا يكون حدّ لعدم اخراجه النصاب، بخلاف ما إذا اخرجه عن حرزه ثمّ احدث فيه أو حدث فيه نقص يوجب نقصانه عن النصاب فانّه يقطع، حيث إنّ الموضع لتعلّق الحد اخراج النصاب عن حرزه بعد هتكه، بلا فرق بين تلف المال بعده أو تلف وصفه أم لا.

ويترتّب على ذلك لو لم يكن المال عند اخراجه عن محرزه بعد هتكه بمقدار النصاب ثمّ زادت قيمته وصار بمقدار النصاب لم يقطع، سواء كان الموجب لزياده قيمته زياده العين أو القيمه السوقيه.

الثـامنه: لو ابتلع داخـل الحرز ما قـدره نصاب كاللؤلؤه، فان كان يتعـذر اخراجه فهو كالتالف فلا حـدّ[١]، ولو اتفق خروجهـا بعد خروجه فهو ضامن، وان كان خروجها ممّا لا يتعذر بالنظر الى عادته قطع، لانّه يجرى مجرى ايداعها فى الوعاء.

الشَرح:

[١] وممّـا ذكر فى المسـأله السـابقه من أنّ الموضـع لتعلّـق الحـد بالسـارق اخراجه المـال عن حرزه مـع كون المـال المخرج عند اخراجه بالغـاً نصـاب القطع، فـانّه إذا كـان المال بحيث يعـدّ عنـد ابتلاعه تالفاً نظير المال الواقع فى البحر، فلا موضع للقطع لعـدم الماليه لما ابتلعه، وان اتفق بعد ذلك خروجه عن موضع خروج غايطه أو غيره وعوده الى الماليه، فانّ الشـىء لم يخرج عن حرزه مالاً وان يجب ردّه على مالكه إلاّ ان يعطى بدله قبل ذلك.

وأمّـا إذا لم يعـدّ بالبلغ تالفاً وكان عنـد خروجه عن المحرز باقياً على ماليه مع كونه فى معـدته يقطع وان اتفق عـدم خروجه، لأنّ سقوطه وتلفه كان بعد الاخراج، اللّهم إلاّ أن يقال: اتفاق عدم يكشف عن تلفه بالبلغ، وفيه تأمّل، فانّ الاتفاق المزبور نظير المتاع فى السفينه التى اتّفق غرق السفينه بعد ذلك.

الباب السادس: فی حدّ المحارب.

تعریف المحارب

المحـارب کـلّ من جرّد السـلاح لاخـافه الناس فی بر أو بحر، لیلًا کان أو نهاراً، فی مصـر وغیره[۱]، وهـل یشترط کونه من اهل الریبه، فیه تردّد، اصحّه انه لا یشترط مع العلم بقصد الاخافه.

الشَرح:

[۱] تعرّض قـدس سـره لبیان المراد من المحارب الوارد حـدّه فی الکتاب المجید، وقال: کل من جرّد السـلاح لا خافه الناس فهو محـارب، بلاـ فرق بین کون تجریـده لاـ خـافتهم فی المصـر أو غیره، فی البرّ أو البحر، ولاـ یعتبر فی کونه محاربـاً کونه من أهل الریبه، بل لو علم أنّ قصده من تجریده السلاح اخافه الناس یدخل فی المحارب وان لم یکن من اهل الریبه.

أقول: تجرید السـلاح أی اخراجه من وعائه وغمده بخصوصه غیر معتبر، بل المعتبر اظهاره وشهر سلاحه لا خافه الناس، کما یدلّ علیه ما فی صحیحه محمّد بن مسلم من قوله علیه السلام : «من شهر السلاح فی مصر من الامصار فعقر اقتصّ منه»(۱)، حیث یعلم من قوله علیه السـلام : «فعقر»، کون غرضه من اشـهار السـلاح الجنـایه، وأقـلّ مرتبتها اخافه الناس وتبـدیل أمنهم الی الاضـطراب والرعب فیهم الموجب لصدق الفساد فی الارض.

وإذا کان تجرید السـلاح وشـهره لا یجاد الأمن فی مجامع الناس واخافه الجانین والمفسدین فیها، فلا یدخل فی عنوان المحارب المعبّر عن جماعتهم فی الآیه المبارکه: «الذینَ یُحارِبُونَ اللّه-وَرَسولَهُ وَیَسْعَونَ فی الأرْضِ فَساداً»ا(۲).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۱: ۵۳۲.

۲- (۲) المائده: ۳۳.

....

الشَرح:

وممّا ذكر يظهر أنّه لا يعتبر كون تجريد السلاح وشهره فى خصوص مصر من الامصار، بل لو فعل ذلك خارج البلاد فى الطرق والقرى والقصبات، لدخل فى المحارب الوارد فى الآيه والروايات، وذكر مصر من الامصار فى الصيحيه لكونها مجتمع الناس الابرياء المحترم اموالهم واعراضهم ونفوسهم .

ولو فرض تجريد سلاحه واظهاره لغرض آخر من غير أن يكون قصده الجنايه على الناس واخافتهم، كما إذا كان للخوف على نفسه من عدوّه لم يدخل فى المحارب حتّى لو اتّفق خوف الناس بذلك، كما أنّه لو قصد الاخافه ولكن لم يترتب عليه الخوف لوجود الحرّاس للأمن بين الناس وضعفه عن مقاومتهم يدخل فى عنوان المحارب لسيعه الى الفساد فى الارض، وما فى الروضه من أن الحدّ يتعلّق بتجريد السلاح قصد الاخافه أم لا يمكن المساعده عليه.

نعم، ذكر بعض الاصحاب أنّه إذا كان تجريد السلاح وشهره ممّن هو من اهل الريبه لم يعتبر قصد الاخافه والجنايه، لصحيحه ضريس عن أبى جعفر عليه السلام : «من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلاّ ـ أن يكون رجلاً ـ ليس من اهل الريبه»(۱)، وقد استظهر بعض من هذه الروايه اعتبار كون شاهر السلاح أو حمله بقصد الاخافه ممّن هو من اهل الريبه، ولو فصد الاخافه من لا يكون من اهل الريبه لا يتعلّق به الحد الآتى.

ولكن لا ـ يخفى ما فى الاستدلال والاستظهار، فان ظاهر الروايه أنّ مجرّد حمل السلاح فى الليل كاف فى الحكم بكونه لقصد الجنايه، إلاّ أن لا يكون

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد المحارب، الحديث ۱: ۵۳۷.

ويستوى فى هذا الحكم الذكر والانثى ان اتفق[١]،

الشَرح:

الحامل من أهل الريبه، وعلى الجمله إذا احرز ان حمل السلاح أو تجريده وشهره لغرض صحيح لا يكون الحامل والشاهر من المحارب.

[١] المشهور عدم الفرق فى تعلّق الحدّ بالمحارب بالمعنى المتقدم بين كونه ذكراً أو انثى، فانّ تحقق ما تقدّم من الانثى تعلق بها الحد للمحاربه، والمحكى عن ابن الجنيد الاختصاص بالذكور.

وقد حكى فى السرائر عدم الفرق بين الذكر والانثى عن الشيخ فى الخلاف والمبسوط، وقال: هذان الكتابان معظهما فروع المخالفين وعدم الفرق فى المقام قول بعض العامه ولم اجد لأصحابنا المصنّفين قولاً بقتل النساء فى المحاربه، والذى يقتضى اصل مذهبنا ان لا يقلن إلّا بدليل قاطع، ثم شرع فى المناقشه فى استدلال الشيخ قدس سره على عدم الفرق بانّه لا عموم فى الآيه والاشتراك فى سائر موارد الخطابات الموجّهه الى الرجال ثبت بالاجماع.

ولكن فى السرائر بعد ذلك بما يزيد على الصفحه يسيراً: قال قلنا إنّ احكام المحاربين تتعلّق بالنساء والرجال، سواء على ما تقدم من العقوبات لقوله تعالى: «إنّما جَزاءُ الَّذينَ يُحارِبُون» الآيه، ولم يفرق فيها بين الرجال والنساء، فوجب حملها على العموم، وفى الجواهر أنّ مثل هذا التناقص فى كلامه لعلّه من العقوبه على سوء أدبه مع الشيخ وغيره من اساطين الطائفه.

وعلى الجمله الصحيح عدم الفرق فى تعلّق حدّ المحاربه بين الرجل والمرأه، ولا لإطلاق الآيه، فانّه يمكن دعوى عدم شمولها للانثى بمقتضى التعبير فيها «الّذين»، وان يتبادر الى الاذهان انّ التعبير المزبور كالتعبير فى غالب الخطابات يتضمّن الحكم العام على الذكر والانثى، بل للإطلاق فى مثل صحيحه

کیفیه حدّ المحارب

وفی ثبوت هذا الحکم للمجرّد هذه العباده لیست فی الشرایع مع ضعفه عن الاخافه تردد، اشبهه الثبوت، ویجتزی ء بقصده، ولا یثبت هذا الحکم للطلیّع ولا للرد‌ء[۱].

وتثبت هذه الجنایه بالاقرار ولو مرّه[۲]، وبشهاده رجلین عدلین، ولا یقبل

الشَرح:

محمّد بن مسلم: «من شهر السلاح فی مصر من الامصار»، وفی غیرها: «من حارب اللّه وأخذ المال»، الی غیر ذلک.

[۱] المنسوب الی الأصحاب أنّه لا یثبت حکم المحارب للطیع، وهو المراقب للمارّه لیخبر قطاع الطریق بمرورهم أو المراقب لمن یخاف علی قطاع الطریق واللصوص منه، وکذا لا یثبت حکمه للرد‌ء بکسر الراء، وهو المعین لقطاع الطریق فی ضبط الاموال ونحوه.

وما تقدم فی تعریف المحارب، وهو من جرّد السلاح وشهره لا خافه الناس لا یعمّهما، ولکن یمکن أن یدّعی أنّ الوارد فی الآیه المبارکه یعمّهما إلاّ ان الدعوی غیر صحیحه للقطع بانّ المراد من «الَّذِینَ یُحارِبُونَ اللّه وَرَسُولَهُ وَیَسْعَونَ فی الأرضِ فَساداً(۱)»لیس هو الاطلاق، حیث إنّ اطلاقها یعم کلّ من هو فاسق وفاجر، حیث إنّ العصیان محاربه اللّه ورسوله عملاً وفساد فی الارض، فلابدّ من الاقتصار علی المتیقن، وهو ما ذکر فی الروایات کصحیحه محمّد بن مسلم وغیرها، والطلیع والرد‌ء لا یدخلان فی المذکور فی تلک الروایات.

[۲] ذکر فی الجواهر أنّه لم یجد من اعتبر تعدّد الاقرار فی خصوص المقام، نعم ذکر بعضهم کما فی المراسم والمختلف انّ کل حدّ یثبت بشهاده عدلین یعتبر فی ثبوته بالاقرار الاقرار مرتین.

أقول: قد تقدّم الوجه فی اعتبارهم الاقرار بمرتین، وذکرنا ضعفه وأنّه لا یرفع

۱- (۱) المائده: ۳۳.

شهاده النساء فيه منفردات ولا ـ مع الرجال، ولو شهد بعض اللصوص على بعض لم يقبل، وكذا لو شهد المأخوذون بعضهم لبعض، أمّا لو قالوا: اعرضوا لنا أو أخذوا هؤلاء قبل، لأنّه لا ينشاء من ذلك تهمته تمنع الشهاده[۱].

الشَرح:

اليـد عن اطلاق ما دلّ على نفوذ الاقرار وما دلّ على ثبوت الحدود بالاقرار مرّه ولكن العجب من الماتن وغيره حيث فرّقوا المقام عن سائر الحدود، فاعتبروا فيها مرتين واكتفوا فى المقام بالاقرار مرّه.

أمّـا ثبوت بالبيّنه فقد تقدّم اعتبارها فى كلّ مقام غير ما ثبت فيه عدم كفايته كالزنا ونحوه، وتقدّم ايضاً انّه لا تقبل فى الحدود شهاده النساء لا منفردات ولا منضمات غير ما ورد فيه النص الخاص، كما فى الزنا حيث تقبل شهادتهن بالانضمام الى الرجال.

[۱] تقدّم فى كتاب الشهادات أنّهم اعتبروا فى قبول الشهاده زائداً على عداله الشاهد عدم التهمه فى شهادته وادخلوا عدم سماع شهاده المأخوذين منهم المال فى التهمه فى شهادتهم، وأمّا اللصوص فعدم سماع شهاده بعضهم على البعض لفسقهم، وامّا اقرار كل على نفسه فهو خارج عن بحث الشهاده.

وأمّا المأخوذون إذا شهد بعضهم لبعض، سواء كان شهادتهم بقولهم انّ هؤلاء اخذوا منّا المال، أو قالوا أخذوا منا كذا وكذا ومنهم كذا وكذا، أو قالوا أنّهم تعرضوا لنا ولكن اخذوا المال منهم، ففى جميع ذلك لا تقبل شهادتهم، وبعضهم كالماتن قدس سره فرّق بين الفرضين الاولين وبين الأخير، فذكر قبول شهادتهم فى الفرض الاخير وعلّله بعدم حصول التهمه فى شهادتهم حيث لم يدّعوا شيئاً لأنفسهم.

ويستدلّ على عدم القبول بروايه محمّد بن الصلب قال: سألت أبا الحسن

وحدّ المحارب [۱]القتل أو الصلب أو القطع مخالفاً أو النفی، وقد تردّد فیه الاصحاب، فقال المفید بالتخییر، وقال الشیخ أبو جعفر رحمهم الله بالترتیب، یقتل ان قتل، الشَرح:

الرضا علیه السلام عن رفقه کانوا فی طریق فقطع علیهم الطریق وأخذوا اللصوص، فشهد بعضهم لبعض، قال: «لا تقبل شهادتهم إلّا بالاقرار من اللصوص أو شهاده من غیرهم علیهم»(۱).

ولکن الروایه بحسب السند لا تخلوا عن ضعف، فانّ محمّد بن الصلت لم یثبت له توثیق ودعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور لا یمکن المساعده علیها، فانّه قد تقدّم فی بحث الشهادات ان یکون المستند للمشهور ما ورد فی عدم قبول شهاده ذی الشحناء للمدّعی علیه أو عدم قبول شهاده المتهّم، ولذا ذکرنا أنّ الاظهر قبول شهاده بعض الرّفقه لبعض آخر فی الفروض الثلاثه، نعم شهادتهم فی الفرضین الاولین غیر مسموعه بالاضافه الی ما یدّعون لنفسهم، فانّ علی المدعی أن یأتی بالشاهد بدعواه، ولا یمکن ان یصیر شاهداً بدعوی نفسه.

نعم، إذا شهد بعضهم لبعض وشهد الشهود لهم کلّهم أو اثنان منهم للشاهدین أو الشهود بأنهم ایضاً أخذوا بأموالهم تقبل شهادتهم، نظیر شهاده بعض الغرماء لبعض وشهاده ذلک البعض للشهود، ونظیر شهاده عدلین بالوصیه من الترکه لجمع وشهاده الجمع المزبور للشاهدین ایضاً بالوصیه منها لهما، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] الوارد فی الکتاب المجید فی حدّ المحارب القتل أو الصلب أو القطع من خلاف، یعنی قطع الید الیمنی أو الرجل الیسری أو النفی، واختلفوا فی أنّ الامور الاربعه علی التخییر، وأن ولیّ الأمر مخیّر فی اجراء أیّ من الامور الاربعه،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۷۲.

ولو عفى ولى الدم قتله الامام، ولو قتل واخذ المال استعيد منه، وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ثم قتل وصلب، وان أخذ المال ولم يقتل قطع مخالفاً ونفى، ولو جرح ولم يأخذ المال اقتص منه ونفى، ولو أقتصر على شهر السلاح نفى لا غير.

واستند فى التفصيل الى الاحاديث الداله عليه، وتلك الاحاديث لا تنفكّ عن ضعف فى اسناد أو اضطراب فى متن أو قصور فى دلاله، فالأولى العمل بالأول تمسكاً بظاهر الآيه.

الشَرح:

كما عليه المفيد والصدوق والحليّ والمنسوب الى اكثر المتأخرين، أو أنها على الترتيب بحسب اختلاف جنايه المحارب، كما عليه الشيخ والمنسوب الى الاسكافى والتقى وابن زهره، بل ادّعى عليه الاجماع.

والمستند فى التخيير كلمه أو فانّ ظاهر التخيير، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى صحيحه حريز عن أبى عبداللّه عليه السلام : «وكلّ شيء فى القرآن أو، فصاحبه بالخيار يختار ما شاء»، وهذه الصحيحه وارده فى كفّاره حلق الرأس فى الاحرام.

ولما ورد فى صحيحه جميل بن دراج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّ وجلّ: «إنّما جزاءُ الَّذينَ يُحارِبُونَ اللّه وَرَسُوله وَيَسْعَونَ فى الأرضِ فَساداً انْ يُقْتَلُوا أو يُصَلَّبوا أو تُقَطَعَ أيْدِيهِمْ وَأرْجُلُهُمْ»(۱) الى آخر الآيه، أى شيء عليه من هذه الحدود التى سمّى اللّه عزّ وجلّ، قال: «ذلک الى الإمام ان شاء قطع وان شاء نفى وان شاء صلب وان شاء قتل، قلت: النفى الى أين؟ قال: من مصر الى آخر الحديث»(۲).

ولكن فى مقابل ذلك صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «من شهر السلاح فى مصر من الامصار فعقر اقتصّ منه ونفى من تلك البلد، ومن شهر

۱- (۱) المائده: ۳۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحديث ۳: ۵۳۳.

....

الشَرح:

السلاح فی مصر من الامصار وضرب وعقر وأخذ المال ولم يقتل فهو محارب فجزاءه جزاء المحارب، وأمره الی الإمام ان شاء قتله وصلبه وان شاء قطع يده ورجله، قال: وان ضرب وقتل وأخذ المال فعلی الإمام أن يقطع يده اليمنی بالسرقه ثم يدفعه الی اولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه»، قال: فقال له أبو عبيده: أرأيت ان عفا عنه اولياء المقتول، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : «ان عفوا عنه كان علی الإمام أن يقتله لأنّه قد حارب وقتل وسرق»، قال: فقال أبو عبيده: أرأيت ان اراد اولياء المقتول أن يأخذوا منه الديه ويدعونه ألهم ذلک، قال: «لا عليه القتل»(۱).

وظاهر هذه الصحيحه: من شهر سلاحه وجرح اقتصّ من جنايه ونفی من البلد إذا لم يأخذ المال، من غير فرق بين تمكّنه من أخذه وعدمه، وإذا جرح وأخذ المال فالإمام مخيّر فان شاء قتله وصلبه وان شاء قطع يده اليمنی ورجله اليسری، وإذا أخذ المال وقتل يقطع الإمام يده اليمنی للسرقه، ويدفعه الی اولياء المقتول للاقتصاص منه، وان عفوه قتله الإمام حدّاً ولا يجوز لأولياء المقتول أخذ الديه منه ويتركونه يعيش.

ولكن يبقی فی البين فروض:

منها: يشهر سلاحه من غير ان يجرح أو يأخذ المال، ولا يبعد أن يكون المستفاد من الصحيحه أنّه ينفی، فانّه إذا جرح يكون الاقتصاص علی جرحه ونفيه لشهره السلاح علی ما هو المتفاهم العرفی.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحديث ۱۰: ۵۳۳.

....

الشَرح:

ومنها: ما إذا شهر السلاح وأخذ المال من غير أن يورد جرحاً أو يقتل، ويدلّ على حكم هذا روايه على بن حسان، وأنّه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، روى على بن ابراهيم فى تفسيره، عن أبيه، عن على بن حسان، عن أبى جعفر عليه السلام : «من حارب وأخذ المال وقتل كان عليه أن يقتل أو يصلب ومن حارب فقتل، ولم يأخذ المال كان عليه أن يقتل ولا يصلب ومن حارب وأخذ المال ولم يقتل، كان عليه أن يقطع يده ورجله من خلاف ومن حارب، ولم يأخذ المال ولم يقتل كان عليه ان ينفى».

ووجه دلالتها أنّ قوله عليه السلام فيها: «ومن حارب وأخذ المال ولم يقتل كان عليه ان يقطع يده ورجله من خلاف»، مطلق يشمل صوره ايراد الجرح وعدمه، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بما ورد فى صحيحه محمّد بن مسلم، من أنّه إذا شهر سلاحه وجرح وأخذ المال ولم يقتل فللإمام أن يقتله أو يصلبه أو قطع يده ورجله من خلاف، فيكون الحدّ مع عدم ايراد الجرح قطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ومع ايراد الجرح يكون الإمام مخيّراً بين القطع المزبور وبين قتله وصلبه.

ومنها: ما إذا قتل ولم يأخذ المال، وحكمه ايضاً مستفاد من روايه على بن حسان، وهو أنّه يقتل ولا يصلب.

وعلى الجمله ما ذكرنا من التفصيل فى حدّ المحارب نتيجه الأخذ بصحيحه محمّد بن مسلم وراويه على بن حسان، والجمع بينهما برفع اليد عن اطلاق احدهما بالتقييد الوارد فى االاخرى والترتيب فى الحد كما تقدم، وان كان منافياً لظهور صحيحه جميل بن دراج المتقدّمه الظاهره فى التخيير بين الامور الاربعه، إلّا أنّه لابدّ من رفع اليد عن ظهورها وحملها على أنّ مشيه الإمام فى اختيار الجزاء

....

الشَرح:

بحسب اختلاف جنایه المحارب والموجب.

ولهذا الحمل قرینه، صحیحه برید بن معاویه، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن قوله اللّه عزّ وجلّ: «وَأنّما جَزاءُ الّذینَ یُحاربُونَ اللّه َوَرَسُولَهُ»، قال: «ذلک الی الإمام یفعل ما شاء»، قلت: فمفوض ذلک الیه؟ قال: «لا، ولکن نحو الجنایه»(۱).

فانّ صرحه هذه بأنّ مشیه الإمام فی اختیار الجزاء منوط باختلاف جنایه المحارب توجب حمل المشیه فی صحیحه جمیل ایضاً علی ذلک، وأمّا سائر الروایات الوارده فی الباب فلضعفها سنداً لا یمکن الاعتماد علیها.

لاـ یقال: ما تقدّم من التفصیل بناء علی العمل بروایه علی بن حسان والعمل بها مشکل، حیث إنّ علی بن حسان مشترک بین الوسطی الثقه وبین الهاشمی الضعیف.

فانه یقال: الظاهر انّ الواقع فی السند علی بن حسان الوسطی، فانّ غالب روایات الهاشمی عن عمّه عبدالرحمن بن کثیر، وقد ذکر علی بن حسن بن فضال ذلک معرّفاً، ویؤیّده أنّ علی بن ابراهیم لم یذکر فی تفسیر الآیه غیر ما رواه عن أبیه، عن علی بن حسان، ومع ذکره فی تفسیره أنّه یروی ما یورد فی تفسیر الآیات عن الثقات.

لا یقال: ما ذکر من التفصیل فی حدّ المحارب وبکون الإمام مخیرّاً فیما إذا شهر وجرح وأخذ المال بین قطع یده الیمنی ورجله الیسری وبین قتله وصلبه، مخالف للقول بالتخییر والقول بالتفصیل، ولا یمکن الالتزام به.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۲: ۵۳۳.

....

الشَرح:

فانه يقال: لا يضر عدم فتواهم بالتفصيل المزبور، حيث أنّه لحسبان المعارضه والاختلاف فى مدلول الروايات، ومع بيان عدم المعارضه ووجود الجمع العرفى بين الروايات المعتبره بلتزم بالمستفاد منها.

ثم أنّه يبقى فى البين حكم ما شهر السلاح وقتل ولكن لم يكن المقتول كفواً للقاتل، كما إذا كان المقتول كافراً ذمياً أو عبداً، ولا يبعد الالتزام بأنّه إذا أخذ المال يقتل أو يصلب أخذاً بالاطلاق فى معتبره على بن حسان، حيث ورد فيها: «من حارب اللّه وأخذ المال وقتل كان عليه أن يقتل أو يصلب».

وأمّا مع عدم أخذه المال يمكن أن يقال يقتل ايضاً ولا يصلب للأخذ ايضاً بما ورد فيها: «ومن حارب وقتل ولم يأخذ المال عليه أن يقتل ولا يصلب»، فانّ اطلاقه يعمّ ما إذا كان المقتول غير كفو لقاتله، وما دلّ على اعتبار الكفائه، يختصّ بالقصاص ولا يجرى فى القتل حداً.

لا يقال: على ذلك كلّ من قتل كافراً ذمياً بسلاح شهره عليه أو قتل عبداً بسلاح كذلك، فهو محارب فيقتل.

فانّه يمكن الفرق بين من شهر سلاحه فى الناس لاخافتهم والجنايه فيهم، فصادف ان جنى على كافر ذمّى أو على عبد وبين من شهر سلاحه على احد ليقتله فقتله، فانّ الثابت فى الثانى القصاص، ولا يدخل القاتل فى المحارب بخلاف الاوّل، فانّه محارب يتعلّق به حدّ المحارب، ولا يعتبر الكفائه فى القتل حدّاً، ولكن ظاهر الماتن فى المسأله الآتيه أنّه مع عدم أخذ اخذ المحارب المال يجرى على قتله القود، فيعتبر فى قتله الكفائه إذا كان عدم أخذه المال لعدم قصده.

وهاهنا مسائل:

الاولى: اذا قتل المحارب غيره طلباً للمال تحتم قتله قوداً ان كان المقتول كفواً، ومع عفو الولى حدّ سواء كان المقتول كفواً أو لم يكن، ولو قتل لا طلباً للمال كان كقاتل العمد وأمره الى الولى[١]، وأمّا لو جرح طلباً للمال كان القصاص الى الولى، ولا يتحتم القصاص فى الجرح بتقدير ان يعفو الولى، على الاظهر.

الثانيه: اذا تاب قبل القدره عليه سقط الحدّ[٢]، ولم يسقط ما يتعلّق به من حقوق الناس، كالقتل والجرح والمال، ولو تاب بعد الظفر به لم يسقط عنه حدّ ولاقصاص ولا غرم.

الشَرح:

[١] ذكر قدس سره أنّ من شهر سلاحه وقتل لا طلباً للمال يثبت عليه القصاص خاصه، فلو عفى عنه وليّ الدم أو أخذ منه الديه صلحاً فلا ـ يقتل حدّاً، وكذا إذا جرح الآخر، سواء كان جرحه طلباً للمال أو لغيره، فانّه يثبت للمجنى عليه حق القصاص خاصه، فان عفى أو أخذ الديه لا يثبت عليه الحدّ.

أقول: ما ذكره قدس سره فى فرض الجرح وعدم أخذ المال صحيح، فانّه لا دليل على تعلّق الجرح من جهه الحدّ ايضاً، بل غايته تعلّق النفى به حدّاً.

وأمّا ما ذكره فى فرض القتل لا طلباً للمال لا يمكن المساعده عليه، فانّه وان بنينا على عدم اطلاق الآيه المباركه وعدم التخيير فى حد المحارب، إلاّ ـ ان مقتضى الاطلاق فى معتبره على بن حسان أنّ حدّه ايضاً القتل، حيث ذكر سلام اللّه عليه: «ومن حارب فقتل ولم يأخذ المال كان عليه القتل ولا يصلب»، فانّه يعم ما إذا كان شهر سلاحه للتعدّى على اعراض الناس وأمن بلادهم، كما تقدم الفرق بينه وبين الاعتداء على شخص أو جمع بقتلهم الموجب للقود خاصه.

[٢] لا خلاف فى سقوط الحدّ عن المحارب بتوبته قبل أن يقدر عليه،

الثالثه: اللص محارب، فاذا دخل داراً متغلباً كان لصاحبها محاربته[۱]،

الشَرح:

ويشهد لذلك الآيه المباركه: «إلاّ الَّذين تابُوا مِنْ قَبْلِ اَنْ تَقْدِروا عَلَيْهِمْ فاعْلَمُوا اَنَّ اللّه غَفُورٌ رَحيمٌ»(۱)، وفى معتبره على بن حسان المتقدّمه: «يعنى يتوبوا قبل ان يأخذهم الإمام»(۲).

وبما أنّ التوبه مسقطه للعقاب الاخرى، ولا فرق فى سقوطه بها قبل أن يقدر عليه أم بعده، يكون التقييد بالتوبه قبل أن يقدر ظاهره سقوط الحدّ، أضف الى ذلك ظاهر الاستثناء، حيث إنّ المستثنى منه الامور الاربعه التى تقدم أنّها حد المحارب الذى من حقوق اللّه.

وأمّا بالاضافه الى حقوق الناس من القصاص عن جنايته أو ضمانه المال فلا يحكم بسقوطه، أخذاً بما دلّ على ثبوتها فى المقام وغيره مع عدم الدلاله فى الآيه وغيرها على حكمها.

[۱] إن كان المراد باللصّ مطلق السارق أو السارق بالسلاح فانّه إذا دخل دار الغير ويريد أخذ المال فيجوز قتله مع توقف الدفاع عليه، وفى موثقه أو معتبره الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام : «كان على بن أبى طالب عليه السلام يقول: من دخل عليه اللصّ فليبدره بالضربه فما تبعه من اثم فانا شريكه فيه»(۳)، وفى معتبره السكونى، عن جعفر عن أبيه، قال: «انّ اللّه ليمقت العبد يدخل عليه فى بيته فلا يقاتل»(۴) الى غير ذلك.

ص: ۳۴۹

۱- (۱) المائده: ۳۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحديث ۱۱: ۵۳۶.

۳- (۳) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱۷.

۴- (۴) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۲.

....

الشَرح:

وعلى الجمله، الدفاع عن نفسه واهله وعرضه وماله أمر مشروح حتّى إذا احتمل تلف نفسه، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من قتل دون مظلمه فهو شهيد»(۱).

وفى صحيحه أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل دون مظلمه فهو شهيد، ثم قال: أيا ابا مريم هل تدرى ما دون مظلمه، قلت: جعلت فداك الرجل يقتل دون أهله ودون ماله واشباه ذلك، قال: يا ابا مريم إنّ من الفقه عرفان الحق»(۲).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم: «ومن قتل دون ماله فهو شهيد»(۳).

ولكن الكلام فى مقامين:

أحدهما: جواز الدفاع عن ماله وعدم وجوبه يخاف الدفاع عن نفسه أو عرضه فانّه يجب، وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقاتل دون ماله، فقال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل دون ماله فهو بمنزله الشهيد، فقلت: أيقاتل أفضل أو لا يقاتل، فقال: ان لم يقاتل فلا بأس أمّا انا كنت لم اقاتل وتركته»(۴).

وفى ذيل صحيحه محمد بن مسلم: «لو كنت أنا لتركت المال ولم اقاتل»، وأمّا وجوب الدفاع عن النفس فيأتى البحث فى وجوبه فى بحث الدفاع.

ص : ۳۵۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۸.
۲- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۹.
۳- (۳) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب الدفاع، الحديث ۱: ۵۸۹.
۴- (۴) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱۰.

....

الشَرح:

والمقـام الثـانی: هل يجوز قتل اللّص المجرّد للسـلاح إذا دخل داراً للجنايه علی أهلها مع عـدم توقف الـدفاع علی قتله وأنّه قتله، سواء قلنا بالجواز أو عدمه، يتعلّق علی القاتل شـیء أم لا، فانّه يظهر جواز قتله مطلقاً من بعض الروايات، كمرسله أبان بن عثمان، عن رجل، عن الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا دخل عليک اللص المحارب فاقتله فما أصابک فدمه فی عنقی»(۱).

وفی روايه أبی ايوب: «من دخل علی مؤمن داره محارباً له فدمه مباح فی تلک الحال للمؤمن وهو عنقی».

وفی معتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر عن أبيه عليه السـلام : «إذا دخل عليک اللص يريد اهلک ومالک فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه، وقال: اللص محارب اللّه ولرسوله فاقتله»(۲).

وفی معتبره السكونی، عن جعفر عن آبائه: «من شهر سيفاً فدمه هدر»(۳).

بل مقتضـی اطلاق هـذه المعتبره جواز قتله حتّی مع عـدم دخوله بيته فضـلاً عن عـدم توقف الدفاع عن نفسه أو ماله أو اهله علی قتله، ولكن المتفاهم من الروايات المتقدمه ونحوها بيان مشـروعيه الدفاع عن النفس والأهل والمال والعرض، وان الدفاع المزبور إذا انجرّ الداخل فی بيته بان قتله المالک، ولو بزعم أنه لا يتخلص منه إلاّ بقتله فلا وزر عليه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب حد المحارب ، الحديث ۲:۵۴۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۷:۴۴.

فان أدّى الدفع الى قتله كان دمه هدراً ضايعاً لا يضـمنه الدافع، ولو جنى اللصّ عليه ضـمن، ويجوز الكف عنه، وأمّا لو اراد نفس المدخول عليه فالواجب الدفع، ولا يجوز الاستسلام والحال هذه، ولو عجز عن المقاومه[١]، وامكن الهرب وجب.

الرابعه: يصلب المحارب حيّاً على القول بالتخيير[٢] ومقتولاً على القول الآخر.

الخامسه: لا يترك على خشبه اكثر من ثلاثه أيام، ثم ينزل ويغسّل ويكفن ويصلى عليه ويدفن، ومن لا يصلب الا بعد القتل لا يفتقر الى تغسيله، لأنّه يقدّمه امام القتل.

الشَرح:

وأمّا إذا أحرز المالك أنّه يخرج عن بيته بمجرد الصيحه عليه، ومع ذلك يقتله فاستفاده جوازه منها مشكل جداً، فانّه لا يبعد انصرافها الى صوره توقف الدفاع أو توهم التوقف.

وبتعبير آخر، لا يجوز لكلّ احد قتل المحارب بمجرد شهره السلاح حدّاً، بل الذى يقيم الحد عليه الحاكم على تفصيل سابق، وانّما يجوز قتله إذا توقف الدفاع عن نفسه أو اهله أو ماله عليه، فالأمر فى اللص لا يزيد عليه.

[١] الظاهر أنّ وجوب الهرب غير مشروط بالعجز عن المقاومه بل هو على نحو التخيير بينه وبين الدفاع، حيث انّ التحفظ على نفسه يحصل بكل منهما، نعم إذا يتمكن من أحدهما تعيّن الآخر.

نعم، إذا توقف التخلّص عن افساده والتحفّظ على امن البلاد على قتاله والطفر به، فيجب كفايه وهذا أمر آخر.

[٢] قد تقدّم تعيّن الصلب بعد القتل فى بعض الفروض، كما إذا شهر سلاحه

السادسه: ينفى المحارب عن بلده [۱]

الشَرح:

وعقر وأخذ المال ولم يقتل، فانّ الإمام مخيّر بين قطع يده اليمنى ورجله اليسرى وبين قتله وصلبه، وفى بعض الفروض يتخيّر بين القتل والصلب فيصلب حيّاً، كما إذا أخذ المال وقتل، وعلى كلا التقديرين لا يترك المصلوب على الخشبه بأكثر من ثلاثه ايام بلا خلاف ظاهر.

ويشهد لذلك معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: لا تدعوا المصلوب بعد ثلاثه ايام حتى ينزل فيدفن»(۱).

ويؤيّده معتبرته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان أمير المؤمنين عليه السلام صلب رجلًا بالحيره ثلاثه ايام ثم انزله فى اليوم الرابع فصلّى عليه ودفنه»(۲).

وفى مرسله الصدوق، قال الصادق عليه السلام : «المصلوب ينزل عن الخشبه بعد ثلاثه ايام ويغسل ويدفن، ولا يجوز صلبه اكثر من ثلاثه ايام»(۳).

وظاهر المعتبره وغيرها موت المصلوب، فلا تعمّ ما إذا اتفق عدم موته بالصلب المزبور، فيؤخذ بظاهر الإمر بصلبه فى موته بذلك الصلب إذا كان صلبه حيّاً، ولا فرق فى وجوب التغسيل بين من صلب حيّاً أو ميتاً لجواز الغسل عليه على كلا التقديرين، والتعليل بما فى المتن عليل كما ذكرنا فى باب تغسيل الإموات.

[۱] ظاهر عباره الماتن أنّ نفى المحارب هو إخراجه عن بلده، بأن لا يبقى فيه، وإذا آوى الى آخر يمنع أهله عن معاشرته بمؤاكلته ومشاربته ومبايعته، ولو

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد المحارب، الحديث ۲: ۵۴۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد المحارب، الحديث ۱: ۵۴۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد المحارب، الحديث ۳: ۵۴۳.

ویکتب الی کل بلـد یأوی إلیه بالمنع عن مواکلته ومشاربته ومجالسـته ومبایعته، ولو قصـد بلاد الشـرک منع منها، ولو مکنوّه من دخولها قوتلوا حتی یخرجوه.

الشَرح:

بقی فی بلد کذلک لا یجبر علیه بالخروج منه.

ویظهر ذلک من صحیحه جمیل بن دراج المتقدّمه، حیث ورد فیها: قلت: النفی الی أین، قال: «من مصر الی آخر»، وقال: «ان علیّاً علیه السلام نفی رجلین من الکوفه الی البصره»(۱)، حیث إنّ الاستشهاد بنفی علی علیه السلام ظاهر فی اخراجه من بلد الی آخر لا اخراجه من بلد آخر ایضاً.

وهذه الصـحیحه وإن لم یرد فیها ان أهل البلد الآخر مکلّفون بمقاطعته إلاّ انّه یلتزم بها لدلاله صحیحته حنان علیها، فانّه روی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام فی قول اللّه عزّ وجـلّ: «إنّمـا جَزاءُ الَّذینَ یُحارِبُونَ اللّه َوَرَسُولَهُ» الآیه (۲)، قـال: «لا یبایع ولا یؤوی ولا یطعم ولا یتصدق علیه»(۳).

ولکن قـد یقـال: إنّ النفی کـذلک خلاف ما علیه المشـهور، فانّهم التزموا بنفیه من کلّ بلـد الیه مع لزوم مقاطعته حتّی یموت أو یتـوب، والـتزم بعض تحدیـد النفی من کـلّ بلـد یـأوی الیه الی سـنه، ویقـال وجه مـا علیه المشـهور من النفی من کـلّ بلـد الآـیه المبارکه، فانّ ظاهرها نفیه من الارض بأن یستقرّ فی مکان من الارض.

کما یدلّ علی ذلک موثقه أبی بصیر، قال: سألته عن الانفاء من الارض کیف هو، قال: «ینفی من بلاد الاسلام کلّها فان قدر علیه فی شی ء من ارض الاسلام قتل ولا امان له حتّی یلحق بارض الشرک»(۴).

ص: ۳۵۴

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۳: ۵۳۳.

۲- (۲) المائده: ۳۳.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۱: ۵۳۹.

۴- (۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۷: ۵۳۹.

....

الشَرح:

وفی معتبره بکیر بن اعین عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «کان أمیر المؤمنین علیه السلام إذا نفی احداً من اهل الاسلام نفاه الی اقرب بلد من اهل الشرک الی الاسلام ، فکانت الدیلم أقرب اهل الشرک الی الاسلام»(۱).

فـانّ ظاهرها کظاهر موثقه أبی بصـیر تعیّن نفیه عن بلاد الاسـلام الی أن یسـتقرّ فی بلـد أهل الشـرک أو القریب منه أو یقتل، بل مدلول الموثقه کون الغایه قتله، حیث لا أمان له، وفی روایه بکیر بن اعین الاستقرار فی الأقرب الی بلاد الشرک، ومع تعارضهما مع ما ورد فی صـحیحه جمیل بن دراج یکون المتعیّن الرجوع الی الآیه المبارکه الظاهره فی نفیه من کل البلاد بأن لا یسـتقرّ فی شیء منها.

لا یقال: لا یختصّ ما فی موثقه أبی بصیر وروایه بکیر بن اعین بنفی المحارب.

فـانه یقـال: ظـاهر السؤال فی موثقه أبی بصـیر السؤال عن الانفاء، من الارض ولـم یرد النفی من الارض إلّا فی المحارب کما هو ظاهر الآیه، نعم روایه بکیر بن اعین کذلک، ولکن لا یبعد دعوی العلم بعدم کون الحکم فی مطلق النفی ما ورد فیها، فانّ الزانی لا ینفی الی اقرب بلد من بلاد اهل الشرک الی الاسلام .

وعلی المعـارضه بین مـوثقه أبی بصـیر وصـحیحه جمیـل کـافیه فی الرجوع الی ظـاهر الآـیه، بـل یمکن تقـدیم الموثقه فی مقـام المعـارضه لموافقتهـا للکتـاب المجیـد، هـذا إذا لم نقـل بـأن النفی فی صـحیحه جمیـل حـد بعـد الظفر علی المحارب وفی الآیه والموثقه نفیه مع عدم الظفر به بقرینه انّ المحارب الذی لم یخرج ولم یأخذ

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المحارب، الحدیث ۶: ۵۳۹.

السابعه: لا يعتبر فى قطع المحارب أخذ النصاب[۱]، وفى الخلاف: يعتبر، ولا ـ انتزاعه من حرز، وعلى ما قلنا من التخيير لا فائده فى هذا البحث، ولأنّه يجوز قطعه وإن لم يأخذ مالاً.

الشَرح:

المال ولم يقتل لا يكون جزاؤه أشد، بحيث لا يكون له امان حتّى يقتل.

وأمّا كون غايه النفى كما ذكر تمام السنه أو التوبه وأنّه ان دخل بلاد الشرك قوتل حتى يخرجوه منها، فقد ورد ذلك فى روايه عبيداللّه بن اسحاق، عن أبى الحسن عليه السلام : «يفعل ذلك به سنه فانّه سيتوب وهو صاغر»، وفى روايه عبيداللّه المذائنى، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام : «فان توجّه الى ارض الشرک ليدخلها قوتل اهلها» ولكن لضعف السند فيهما لا يمكن الاعتماد عليهما.

[۱] لا يعتبر فى قطع يد المحارب ورجله أن يبلغ ما أخذه من المال بحدّ نصاب السرقه، وذلك لما تقدّم من إطلاق ما ورد فيه من أنّه شهر سلاحه وجرح وأخذ المال يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وان شاء قتله وصلبه، وما تقدّم من بلوغ النصاب يعتبر فى سرقه السارق لا ـ الموضوع للحد فى صحيحه محمّد بن مسلم وعلى بن حسان المتقدمتين، فانّ الموضوع له المحارب والإمام مخيّر بين قطع يده ورجله وبين قتله وصلبه، وما عن الشيخ قدس سره فى الخلاف من اعتبار النّصاب، وأخذاً بما دلّ عليه فى السرقه لا يمكن المساعده عليه، ممّا ذكر يظهر عدم اعتبار انتزاع المال من حرزه فى المحارب.

ثم إنّ هذا البحث مبنىّ على أنّ المحارب لا يقطع يده ورجله فى صوره عدم أخذ المال، وأمّا بناءً على التخيير بين الامور الاربعه فلا يعتبر قطع المحارب آخذ

المال فضلًا عن بلوغ مقداره نصاب السرقه.

وكيفيّـه قطعه أن يقطع يمناه ثم يحسم[١]، ثم يقطع رجله اليسرى وتحسم، ولو لم تحسم فى الموضعين جاز، ولو فقد احد العضوين اقتصرنا على قطع الموجود ولم ينتقل الى غيره.

الثامنه: لا يقطع المستلب[٢]، ولا المختلس، ولا المحتال على الاموال

الشَرح:

[١]مراده قدس سره أنّه بعد قطع اليمنى من يد المحارب لا ينتظر برئها ليقطع بعد ذلك رجله اليسرى، بل يجوز قطع رجله قبل برئها، لأنّ قطعهما حدّ واحد ثبت بموجب واحد فيقطع يده اليمنى ثم تحسّم ثم يقطع رجله اليسرى ثم تحسّم، وقد تقدم عدم وجوب الحسم على الحاكم فى السارق فضلًا عن المحارب الذى أمره أشد، ولذا ذكر الماتن انّه لو لم تحسم فى الموضعين جاز.

أقول: اعتبار تقديم قطع اليد اليمنى ثم رجله اليسرى دون العكس أو عدم جواز قطعهما دفعه لا يخلو عن المناقشه والتأمّل لعدم دليل عليه، وان كان رعايته احوط.

ولو فرض فقده اليد اليمنى أو الرجل اليسرى اقتصر على قطع الموجود، ولا يقاس المقام بالسّارق الذى لم يكن له اليد اليمنى، حيث ذكرنا أنّه لا يقطع رجله اليسرى، لأنّ قطعها ليس حدّاً للسرقه الاولى، وذكرنا ايضاً انّه لو سرق ثانيه لا يقطع رجله اليسرى، لأنّ قطعها حدّ للسرقه الثانيه بعد قطع اليد اليمنى بالسرقه الاولى.

والوجه فى عدم القياس أنّ قطع يد المحارب ورجله من خلاف حدّ واحد، وإذا فقد أحد العضوين سقط بعض الحدّ فلا موجب لسقوط بعضه الآخر، والمراد بكونهما حدّاً واحداً كون اقامه كلّ منهما فى عرض الآخر كما تقدّم.

[۲] المراد من المستلب الذی یأخذ المال جهراً ویهرب من غیر أن یکون ....

الشَرح:

أخذه بشـهر السلاح لیدخل فی عنوان المحارب، وهذا بما أنّه أخذ المال علانیه لا یقطع لأنّه یعتبر فی السارق الاخفاء کما تقدم، وقد تقدّم ما ورد فیه أنّه لیس علی الذی یستلب قطع وان الدغاره المعلنه علیه قطع.

وفی صـحیحه عبدالرحمن بن أبی عبداللّه، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «لیس علی الذی یستلب قطع ولیس علی الذی یطرّ الدراهم من ثوب قطع»(۱)، الی غیر ذلک.

والاختلاس هو أخذ المال من غیر حرزه خفیه، والمسـتلب کما ذکرنا یأخذ المال جهراً ویهرب ولا یقطع کالمختلس، وفی موثقه سماعه قال: «من سرق خلسه خلسها لم یقطع ولکن یضرب ضرباً شدیداً»(۲)، وقریب منها غیرها.

وکـذا لا یقطع من یأخذ مال الغیر بالتزویر کالمحتال بالرسائل الکاذبه، ونحوها، وهذا ایضاً لکونه عدواناً علی الغیر فی ماله محرّم یعزّر فـاعله، وفی صـحیحه الحلبی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام أنّه قـال فی رجـل اسـتأجر اجیراً الی ان قال: وقال فی رجل أتی رجلًا وقال: ارسـلنی فلان الیک لترسل الیه بکـذا وکـذا فأعطاه وصـدّقه، فقال له: ان رسولک أتانی فبعث الیک معه بکذا وکذا، فقال: ما ارسـلته الیک وما اتانی بشـیء فرغم الرسول انّه قـد ارسـله وقد دفعه الیه، فقال: ان وجد علیه بینه انه لم یرسـله قطع یده، ومعنی ذلک ان یکون الرسول قد أقر مرّه انّه لم یرسله وان لم یجد بینه فیمینه باللّه ما ارسلته ویستوفی الآخر من الرسول المال،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۱: ۵۰۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد السرقه، الحدیث ۵: ۵۰۳.

قلت: أرأيت ان زعم انّه انما حمله على ذلك الحاجه، فقال: يقطع لانّه سرق مال بالتزوير والرسائل الكاذبه، بل يستعاد منه المال ويعزّر، وكذا المبنج، ومن سقى غيره مرقداً[١]، ولكن ان جنى ذلك شيئاً ضمن الجنايه.

الشَرح:

الرجل»(١).

وعن الشيخ قدس سره حملها على أنّ القطع لا للسرقه حدّاً بل لا فساد ه، ولكن لا يخفى إن كان المراد بالافساد الاحتيال أو أخذ المال بالكذب، فمن الظاهر انّ الكذب لا يوجب القتل وان كان لأخذ المال به، كما هو ظاهر الروايه يكون القطع حدّه.

وقد حملها فى الجواهر على أنّها حكم فى واقعه خاصه اقتضت المصلحه فيها ذلك، ولكن لاـ يخفى ما فيه، فانّ ما ورد فى الروايه من قوله عليه السلام جواب عن واقعه كالواقعه المفروضه قبلها، وعلّل الحكم بالقطع بقوله: لأنّه سرق مال الرجل، وارجاع عملها الى اهلها بدعوى العلم والوثوق بعدم الفرق بينه وبين الاختلاس والغلول الوارد فى الروايات بعدم القطع بهما اولى.

[١] معطى البنج وسقى الغير بالمرقد لا يقطع بفعله، ولكن ان كان فعله هذا موجباً للجنايه على المتناول فى نفسه أو ماله يضمن المعطى والساقى الجنايه، وبتعبير آخر الفعل المزبور تعدّ وعدوان على الغير إذا لم يكن فى البين ما يوجب ارتفاع عنوان التعدى عليه، كما فى الاعطاء وسقى بعض المرضى فيعزّر مرتكبه، واللّه سبحانه هو العالم .

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب حد السرقه، الحديث ١: ٥٠٧.

القسم الثانی والتعزیرات

اشاره

ص :۳۶۱

الباب الأول

فى المرتد[۱]، وهو الذى يكفر بعد الاسلام، وله قسمان:

الشَرح:

[۱] المراد بالمرتدّ من اختار الكفر بعد اسلامه، سواء كان قبل اسلامه كافراً أو محكوماً بالكفر أم لا، ويعبّر عن الثانى أى من لا يكون محكوماً بالكفر قبل اسلامه بالمرتدّ الفطرى، وعن الاول أى من كان مسبوقاً بالكفر ثم اسلم ثم كفر بالمرتد الملّى.

والكلام فعلاً فى المرتد الفطرى، وليعلم أنّ الخروج عن الاسلام يكون بالقول، كما إذا اعترف بخروجه عن الاسلام، أو انكر التوحيد أو نبوه نبيّنا أو المعاد، أو انكر ما هو معلوم من دين الاسلام مع اعترافه أنّه ممّا جاء به النبى الاعظم أو نطق به الكتاب المجيد.

ويكون بالفعل كما إذا استهزء بالدين بالقاء المصحف الشريف فى القاذورات وتلويث الكعبه وغيرها من الضرايح المقدسه والعباده للصنم ونحوها، بل يقال بأنّه يخرج عن الاسلام بالنيّه والبناء على ترك الاسلام أو الدخول فى بعض فرق الكفر وإن لم يتكلّم بشىء ولم يعمل عملًا موجباً للكفر أو بحسب انكاراً.

ولا كلام فى خروجه عن الايمان بذلك، ولكن مع عدم تكلّمه أو عمله بشىء يظهر ما فى قلبه، ففى خروجه عن الاسلام تأمّل، خصوصاً مع اظهاره الشهادتين فانّ الموضوع للارتداد فى الروايات جحود النبى صلى الله عليه و آله وتكذيبه والكفر بما انزل على محمّد صلى الله عليه و آله والتنصّر واختيار الشرك والخروج عن الاسلام، وفى صدق ذلک على مجرّد النيّه والقصد تأمّل، ومثله تردّده فى رفع اليد عن اسلامه وعدمه أو فى حقّانيه معتقداته التى كان عليها من غير ان يظهر ذلک بقول أو عمل.

....

الشَرح:

وكيف ما كان، فامرتدّ الفطرى من لم يسبق الكفر اسلامه، والمشهور أنّه يكفى فى كون الشخص مرتداً فطرياً أن يولد على الاسلام، بأن كان كلّ من أبويه أو أحدهما مسلماً، كما يستظهر ذلك من موثقه عمار الساباطى، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «كل مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام وجحد محمّد عليه السلام نبوته وكذّبه، فان دمه مباح لمن سمع ذلك منه وامرأته بائنه منه يوم ارتدّ ويقسّم ماله على ورثته وتعتدّ امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، وعلى الإمام ان يقتله ولا يستتيبه»(۱).

وصحيحه أبان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الصبى اذا شبّ فاختار النصرانيه وأحد ابويه نصرانى أو مسلمين، قال: «لا يترك ولكن يضرب على الاسلام»(۲)، فانّه لو لم يكن الصبى مع اسلام أحد أبويه أو كليهما محكوماً بالاسلام لما كان لضربه على الاسلام حتّى مع صغره وجه.

وعلى الجمله، إذا كان الولد حين الولاده من أبوين مسلمين أو أحدهما مسلماً يكون من ولادته محكوماً بالاسلام، وإذا كان أحدهما أو كلاهما داخلاً فى الاسلام بعد ولادته يكون من حين دخول احدهما أو كليهما فى الاسلام محكوماً بالاسلام.

كما يدلّ على ذلك معتبره حفص بن غياث قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل من أهل الحرب إذا اسلم فى دار الحرب فظهر عليهم المسلمون بعد ذلك،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المرتد، الحديث ۳: ۵۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب حد المرتد، الحديث ۲: ۵۴۶.

....

الشَرح:

فقال: «اسلامه اسلام لنفسه ولولده الصغار، وهم أحرار وولده ومتاعه ورقيقه له، فأمّا الولد الكبار فهم فیء للمسلمین إلاّ ان یکونوا اسلموا قبل ذلک الحدیث»(۱).

وهل یعتبر فی الارتداد الفطری مجرّد الاسلام الحکمی، أو یعتبر أن یکون المسلم الحکمی واصفاً للاسلام بعد بلوغه، فان خرج عن الاسلام بعد وصفه یترتّب علیه ما ذکر من الحکم، والحدّ علی المرتدّ الفطری.

وقد ذکر فی کشف اللثام أنّ المراد بالمرتدّ الفطری من لم یحکم بکفره قطّ لاسلام ابویه أو أحدهما حین ولوصفه الاسلام حین بلغ، وظاهره أنّه لو لم یصف الاسلام عند بلوغه واختار الکفر فلا یکون مرتداً فطریاً، ولکن لا یخفی أنّه عند بلوغه رجل وإذا اختار الکفر عنده أو من قبله یصدق علیه کلّ مسلم بین مسلمین ارتدّ عن الاسلام، کما ورد ذلک فی موثقه عمار الساباطی المتقدمه.

وکذا یصدق علیه ما ورد فی صحیحه الحسین بن سعید، قال: قرأت بخطّ رجل الی أبی الحسن الرضا علیه السلام : رجل ولد علی الاسلام ثم کفر وأشرک وخرج عن الاسلام، هل یستتاب أو یقتل ولا یستتاب، فکتب علیه السلام : «یقتل»، الی غیر ذلک.

والحاصل اعتبار وصف الاسلام عند بلوغه، وعدم کون الارتداد عن فطره بالکفر عند البلوغ مع اسلامه الحکمی قبل ذلک، یدفعه الاطلاق فی الروایات المشار الیها.

نعم، إذا ارتدّ قبل بلوغه مع اسلامه الحکمی لا یجری علیه الحدّ لارتفاع

۱- (۱) الوسائل: ۱۱، الباب۴۳ من أبواب جهاد العدو، الحدیث ۱: ۸۹.

....

الشَرح:

الحد عن الصبى، وإذا لم يتب عند بلوغه، وبقى على ارتداده يجرى عليه ما يجرى على البالغ المرتد، كما يأتى.

بقى فى المقام أمر، وهو إنّ المعتبر فى اسلام الولد وولادته على الاسلام انعقاد نطفته حال كون أبويه أو أحدهما مسلماً، أو أنّ المعتبر اسلامهما أو إسلام أحدهما عند ولادته، وإن لم يكن واحد منهما مسلماً عند انعقاد نطفته وزمان حمل امّه.

لا يبعد أن يقال: العبره بزمان انعقاد النطفه والحمل، وإذا أسلم أحد الابوين أو كلاهما عند ولاده الطفل، فالولد المزبور وان تبعهما فى اسلامهما، إلاّ أنّه إذا كفر بعد بلوغه لا يجرى عليه حكم المرتد الفطرى.

وذلك فانّه يستفاد ممّا ورد فى ارث الحمل أنّه زمان الحمل محكوم بالاسلام، ولو مات الأب فى زمان الحمل به من الزوجه الكافره أو الأمه الكافره يعزل ميراثه، وبما أنّه لا يرث المسلم إلاّ المسلم يكون المستفاد أنّه زمان الحمل مسلم، فيكون المعيار فى اسلامه زمان انعقاد نطفته.

والتعبير فى بعض الروايات بالولاده على الاسلام، هو أن يكون عند ولادته محكوماً بالاسلام فى مقابل من يكون مسلماً بعد ولادته، كما إذا أسلم أبواه أو أحدهما بعد ولادته، وهذا التعبير باعتبار الغالب حيث إنّ الغالب فيمن يكون مسلماً عند ولادته انعقاد نطفته زمان اسلام أبويه أو اسلام أحدهما، وتمام الكلام فى ذلك عند تعرض الماتن لولد المرتدّ.

وقد تقدّم إنّ المستفاد من معتبره حفص بن غياث تبعيّه الولد فى اسلامه

حكم المرتد الفطرى

الأول: من ولد على الاسلام.

وهذه لا يقبل اسلامه لو رجع، ويتحتّم قتله وتبين منه زوجته وتعتد منه عده الوفاه وتقسم امواله بين ورثته، وان التحق بدار الحرب أو اعتصم بما يحول بين الامام وبين قتله[١].

الشَرح:

إسـلام أحد أبويه كان اسـلامه بعد ولادته أو عندها، كما يسـتفاد ممّا ورد فى ارث الحمل وعزل نصـيبه، بضميمه ما دلّ على أنّ المسلم لا يرثه غير المسلم انّ الطفل حال الحمل ايضاً محكوم بالاسلام إذا كان احد ابويه مسلماً.

[١] لا خلاف فى أنّ المرتد الفطرى إذا كان رجلًا لا يسـتتاب بل يجب قتله حداً وتبين منه زوحته وتعتدّ عده الوفاه وتقسم أمواله بين ورثته، قتل أو لم يقتل، كما اذا هرب والتحق بدار الحرب أو اعتصم بما يحول بينه وبين الإمام.

وفى صـحيحه محمّـد بن مسـلم، قـال: سـألت أبا جعفر عليه السـلام عن المرتـد فقال: «من رغب عن الاسـلام وكفر بما انزل على محمّد صلى الله عليه و آله بعد اسلامه فلا توبه له وقد وجب قتله وبانت منه امرأته ويقسم ما ترك لولده(١).

وفى موثقه عمار المتقدمه، قال: سـمعت أبا عبداللّه عليه السـلام : «كلّ مسـلم بين مسـلمين ارتدّ عن الاسلام وجحد محمّداً صلى الله عليه و آله نبوته وكذّبه فانّ دمه مباح لكلّ من سـمع منه ذلك وامرأته بائنه منه يوم ارتدّ، ويقسّم ماله على ورثته وتعتدّ امرأته عده المتوفّى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتيبه»(٢).

والمراد من المسـلم بين مسـلمين أن لا يكون للمرتـدّ سابقه الكفر ولو كان حكمياً كما تقـدم، ولا يلزم اسـلام الأبوين بل المعيار اسلام أحدهما، وفى صحيحه

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد المرتد، الحديث ٢: ۵۴۵.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب حد المرتد، الحديث ٣: ۵۴۵.

..., ...

الشَرح:

على بن جففر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن مسلم تنصّر قال: «يقتل ولا يستتاب»، قلت: فنصرانى اسلم ثم ارتدّ، قال: «يستتاب فان رجع وإلّا قتل»(۱).

وفى صحيحه الحسين بن سعيد المتقدّمه قرأت بخطّ رجل الى أبى الحسن عليه السلام رجل ولد على الاسلام ثم كفر وأشرك وخرج عن الاسلام هل يستتاب أو يقتل ولا يستتاب، فكتب: «يقتل»(۲).

والصحيحتان دالّتان على أنّ المراد بمن يقتل بلا استتابه هو الذى لم يسبق الكفر اسلامه، فيرفع اليد بهما عن اعتبار اسلام كلا الأبوين، كما هو ظاهر موثقه عمّار بناءً على كون مسلمين تثنيه، كما يرفع اليد بهما عن اطلاق صحيحه محمّد بن مسلم، حيث إنّ الاحكام الوارده فيها دكرت لمطلق المرتدّ، كما يرفع اليد عن اطلاق صحيحه الاخرى عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «من جحد نبيّاً مرسلاً وكذبه فدمه مبح الحديث».

ثم إنّه يبقى الكلام فى عدم قبول توبه المرتد الفطرى الذى ورد فى صحيحه محمّد بن مسلم، فهل المراد أنّ توبته لا تفيد بالاضافه الى ما ترتّب على ارتداده، من تعلق حدّ القتل به وبينونه زوجته واعتدادها منه بعدّه الوفاه وانتقال أمواله الى ورثته، أو أنّه لا يقبل اسلامه بعد ذلك، فلا يكون مسلماً عند اللّه ولو مع توبته واعترافه بالشهادتين، حتّى مع العلم بأنّ اعترافه لا عتقاده بالاسلام وايمانه قلباً.

والالتزام بالثانى غير ممكن، لأنّ لازمه سقوط جميع التكاليف عنه لو يقتل لهربه أو عدم اطّلاع الغير على ارتداده زمان ردّته أو حيلوله الظالم بينه وبين قتله،

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المرتد، الحديث ۵: ۵۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب حد المرتد، الحديث ۶: ۵۴۵.

شروط الارتداد الفطری

ویشترط فی الارتداد البلوغ [۱]وکمال العقل والاختیار، فلو اکره کان نطقه

الشَرح:

کما أنّ لازم ذلک التقیید فیما ورد فی بیان ما به الاسلام والایمان، وما ورد فی التوبه والاستغفار، مثل قوله سبحانه: «وَمَنْ یَرتَدَّ مِنْکُمْ عَنْ دینهِ فَیَمُتْ وَهُوَ کافِرٌ»(۱) الآیه، وکلّ ذلک قرینه علی أنّ المراد من نفی توبته عدم ارتفاع الامور المترتبه علی ارتداده کما ذکرنا.

ثم انّ المصرح به فی کلام بعض الاصحاب بناءً علی قبول توبه المرتد الفطری بالاضافه الی غیر الاحکام المترتبه علی الارتداد انّه إذا لم یقتل المرتدّ للالتحاق ببلاد الکفر أو لغیر ذلک یکون ما یکسبه من المال ملکه ویجوز له التزویج ولو بالمسلمه، بل یجوز له الرجوع الی زوجته بعقد جدید حتّی فی اثناء عدتها کالرجوع الی المطلقه البائنه.

ولکن ظاهر الأمر بزوجته بالاعتداد بعدّه المتوفّی عنها زوجها هو احتساب الشارع المرتد الفطری میتاً بالاضافه الی زوجته قبل الارتداد، فلا یجوز لها التزویج بذلک الزّوج، لأنّ النکاح والزواج علقه بین الاحیاء.

[۱] المراد عدم ترتّب الاحکام المترتّبه علی الارتداد الفطری إذا کان المرتد صبیّاً، فلا تبین زوجته منه ولا ینتقل أمواله الی ورثته ولا یقتل، وهذا مقتضی رفع القلم عن الصبی وعدم ثبوت الاحکام العقوبتیّه فی حق الصبی.

نعم لا یترک الصبی علی حاله فیضرب علی العود الی الاسلام وان لم یرجع الی الاسلام بعد بلوغه یترتّب علیه الاحکام المتقدّمه، بناءً علی ما هو الصحیح من کفایه الاسلام التبعی فی الارتداد الفطری، وعدم اعتبار وصف الاسلام بعد بلوغه وقبل ارتداده.

۱- (۱) المائده: ۵۴.

بالكفر لغواً، ولو ادعى الاكراه مع وجود الاماره قبل[۲].

الشَرح:

وكـذا الحـال فى المجنون، فـانّه لا يجرى على ارتـداده شـىء من الاحكـام المتقـدّمه، ولا يتعلق به حـدّ، مع أنّه لا اعتبار بكلام المجنون وفعله ولا يخرج بالانكار أو الفعل عن الاسلام الحكمى.

وكـذا الحال فى صوره الاكراه لقوله سبحانه: «إلّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌ بالإيمانِ»(۱)، وقوله عليه السـلام : «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : رفع عن امتى ما استكرهوا عليه».

[۲] ولو ادّعى أنّ انكـاره واطهـاره الكفر كان للاكراه فان كان فى البين قرينه على الاكراه، كما إذا كان عنـد كفّار بحيث يمكن الخوف منهم قبل قوله، وأمّا إذا لم يكن قرينه على ما يـدّعيه من الاكراه فظاهر الماتن قدس سـره كتصـرح بعض بأنّه يترتّب على ارتداده وأنّه يقتل لظهور فعله فى الاختيار أو اصاله عدم كون ارتداده عن اكراه.

ودعوى أنّ الحـدّ لا يثبت بالأصل والحـدود تـدرء بالشـبهات لا يمكن المساعده عليها، فانّ الموضوع للاحكام المذكوره، ومنها تعلّق الحـدّ بالقتل ارتـداد المسـلم من غير اكراه عليه، فالارتـداد محرز على الفرض والاكراه عليه عـدمه محرز بالأصل، ومع تمام الموضوع لها لا شـبهه، اضف الى ذلك ضـعف الروايه المزبوره وعـدم الالتزام بمدلولها ان كان المراد بالشـبهه احتمال الخلاف فى الواقع وجـداناً، فانّ لازمه عدم ثبوت الارتكاب بالبيّنه والاقرار، وان كان المراد بالشـبهه ظاهراً، فقد ذكرنا مع احراز الموضوع لا شبهه ظاهراً.

وقد حمل كلام الماتن ونحوه على ما إذا شهدت البينه على ارتداده وادّعى هو الاكراه عليه، فانّه بما أنّ دعواه مخالفه لما شهدت البيّنه لا تسمع إلّا إذا كان فى

۱- (۱) النحل: ۱۰۶.

....

الشَرح:

البين قرينه وموجب لاحتمال الاكراه، وأمّا إذا شـهدت البيّنه بكلامه وقال نعم، صدود الكلام والقول المزبور صحيح، ولكنّه كان للاكراه عليه فلا يجرى الحدّ، بل ناقش بعضهم فى تعلّق الحد به فى فرض الشهاده بردّته مع احتمال صدقه فى دعواه.

أقول: لو كـان الأصـل فى عـدم الاـكراه جاريـاً فى المقام ويحرز به الموضوع للاحكام المزبوره، ومنها تعلّق الحـد كان فى البين مجرد الاماره الظنيه مفيـده فى عـدم ترتب الاحكام، ومنها الحد، فانّ الأصل يجرى مع الاماره غير المعتبره، والتمثيل فى كلماتهم بالاماره بكونه بين الكفار كاشف أنّ مرادهم بالاماره مطلق ما يوجب الظن ولو نوعاً بصدقه فى دعوى الاكراه.

ولاـ يبعـد أن لا يكون عـدم الاكراه قيـداً لموضوع الاحكام المتقـدمه ليقال باحرازه بالأصل، بل مع الاعتقاد قلباً والانكار لساناً لا يتحقّـق عنـوان الارتـداد اصـلًا، وهـو رغبه الشـخص واعراضه عن الاسـلام، كمـا يفصـح عن ذلـك قـوله سـبحانه: «وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌ بالإِيمـانِ»، ولـذا لو كـان فى قلبه مؤمناً وتكلّم بكلمه الكفر عبثاً، فانّ فعله وان كان حراماً إلّا انّه لا يترتّب عليه شـىء من الاحكام المزبوره.

نعم فى البين أمر آخر، ان صـدور فعـل أو قول من شـخص ظـاهره كونه مراداً جـدياً له، وعليه فـان كان فى البين ما يسـقط هـذا الظهور عن الاعتبار، كما إذا كان إنكاره الاسـلام عند اسـره بيد الكفار، فلا يجرى عليه الحد وإلّا يجرى عليه، وهذا ليس لاعتبار أصاله عدم الاكراه ليقال بجريانها حتّى مع اماره الظنيه بالخلاف.

وعلى الجمله، الاـكراه يتعلّق بالقول أو الفعل لا بالاعتقاد والايمان بأن يتركهما، ولو فرض فرضاً بتعلّقه على تركهما ايضاً صـحّ ما ذكر فى ناحيه جريان

ص :۳۷۱

حكم المرأه المرتده

ولا تقتل المرأه بالردّه بل تحبس دائماً[١]، وان كانت مولوده على الفطره وتضرب أوقات الصلاه.

الشَرح:

أصاله عدم الاكراه إلاّ فى مورد قيام قرينه معتبره ء على صحه دعوى الاكراه.

[١] بلا خلاف بين الاصحاب فى أنّ المرتدّه لا تقتل حتّى ما إذا كان ارتدادها عن فطره، ويدلّ على ذلك صحيحه حماد عن أبى عبداللّه عليه السلام فى المرتده عن الاسلام: «لا تقتل وتستخدم خدمه شديده وتمنع الطعام والشرب إلاّ ما يمسك نفسها وتلبس خشن الثياب وتضرب على الصلوات»(١).

ومعتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام ، قال: «إذا ارتدّت المرأه عن الاسلام لم تقتل ولكن تحبس ابداً»(٢).

ثم انّ الامساك وتخليدها فى الحبس مادام لم تتب ومع رجوعها الى الاسلام يخلّى سبيلها، فانّ فى صحيحه ابن محبوب، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبى جعفر عليه السلام فى المرتد: «يستتاب فان تاب وإلاّ قتل والمرأه إذا ارتدّت عن الاسلام استتيب فان ثابت، وإلاّ خلّدت»(٣).

فانّ صدرها وان يعمّ المرتدّ الفطرى ايضاً إلاّ انّه يرفع اليد عن اطلاقه بما تقدّم من أنّ المرتدّ الفطرى لا يستتاب بل يقتل، وأمّا ذيلها فيؤخذ فيه بالاطلاق، وظاهر قوله عليه السلام فى صحيحه حماد: «وتضرب على الصلوات»، هو ضربهما على ان تصلّى، وهذا يكون إلاّ مع قبول توبتها برجوعها الى الاسلام.

وعلى الجمله، ظاهر ذيل صحيحه ابن محبوب عن غير واحد من أصحابنا

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد المرتد، الحديث ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد المرتد، الحديث ٢.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ۴ من أبواب حد المرتد، الحديث ۶.

....

الشَرح:

عن أبی جعفر وأبی عبداللّه علیهماالسلام : «انّ توبه المرتده مسقطه لحدّ ارتدادها»، یعنی تخلیدها فی الحبس، حیث ذکرا علیهماالسلام فی ذیلها: «والمرأه إذا ارتدّت عن الاسلام استتیب فان تابت وإلاّ خلدت فی السجن وضیق علیها فی حبسها»، ورفع الید عن اطلاق صدرها لا یوجب رفع الید عن اطلاق ذیلها واختصاصه بامرتده الملّیه.

ولا مجال لدعوی أنّ الارتداد عن الاسلام لا یطلق علی الارتداد الفطری، والوجه فی عدم المجال أنّ الارتداد عن الاسلام قد ورد فی موثقه عمار الساباطی مع اختصاصها بالمرتد الفطری، فمقتضی صحیحه حماد قبول توبه المرتدّه ورجوعها الی الاسلام، ومقتضی ذیل صحیحه ابن محبوب، عن غیر واحد سقوط الحدّ عنها بالتوبه والحدّ تخلیدها فی الحبس، سواء کان ارتدادها فطریاً او ملیاً.

وأمّا ما ورد فی صحیحه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام من قضاء علی علیه السلام فی ولیدها کانت نصرانیه فأسلمت وولدت لسیّدها ثم انّ سیّدها مات وأوصی بها عتاقه السری علی عهد عمر، فنکحت نصرانیاً دیرانیاً وتنصّرت، فولدت منه ولدین وحبلت بالثالث بأنّه یعرض علیها الاسلام، فعرض علیها الاسلام، فأبت فقال: ما ولدت من ولد نصرانیاً فهم عبید لأخیهم الذی ولدت لسیّدها الاول وأنا احبسها حتّی تضع ولدها فاذا ولدت قتلها(۱)، فلا یمکن العمل بظاهرها.

فانّ ظاهرها أنّ المرأه تقتل بعد عدم توبتها حتّی من الارتداد الملّی، وما ورد فیها ایضاً من صیروره أولادها من النصرانی ملکاً لولدها من سیّدها المتوفی

ص:۳۷۳

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۵.

....

الشَرح:

لا- ينطبق على القواعد، وحمل القتل الوارد فيها على نكاحها بعد نكاحها من مسلم، بأن يكون القتل حداً لهذا النكاح مناف لظاهرها بل صريحها انّ قتلها حدّ لارتدادها مع عدم توبتها بعد استتابتها هذا كله بالاضافه الى حدّ ارتدادها.

وأمّا أمر نكاحها من زوجها فلا يبعد الالتزام ببطلان نكاحها إذا ارتدّت قبل الدخول بها، حتّى فيما إذا كان ارتدادها بالدخول بالنصرانيه أو اليهوديه أو المجوسيه، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوافِرِ»(۱)، فانّه وان يقال بجواز نكاح المسلم النصرانيه والمجوسيه واليهوديه انقطاعاً أو حتّى دواماً، لكن ظاهر ما ورد فى جواز النكاح المرأه اليهوديه والنصرانيه والمجوسيه بالاصل ولا- يعمّ المرتده عن الاسلام، فيؤخد فيها بالاطلاق أو العموم فى الآيه، وممّا ذكر يظهر انّه يجوز للمسلم التزويج بالمرتدّه حتّى إذا كان ارتدها بدخولها فى احداها.

وأمّا إذا كان ارتدادها بعد الدخول بها، فالمعروف بين الاصحاب على ما قيل انّها إذا تابت قبل انقضاء عدّتها ترجع الى زوجها وإذا تابت بعد انقضاء العده فزوجها خاطب من الخطاب، بلا فرق بين كون ارتدادها عن فطره كما هو فرض الكلام أم من ملّه، وبلا فرق ايضاً بين كون ارتدادها باختيار الشرك أو بالدخول فى احداها.

وقد يستشكل فى ذلک بأنّ مقتضى الآيه المباركه بطلان نكاحها بمجرّد ارتدادها والثابت من تحصيصها فيما إذا كان الزوجان كافرين وأسلمت زوجته أو أسلم الزّوج، فانّه مع اسلام الآخر قبل انقضاء العده يبقيان على نكاحهما، وهذا

۱- (۱) الممتحنه: ۱۰.

حكم المرتد الملی

القسم الثانی: من اسلم عن کفر ثم أرتد.

فهذا یستتاب[۱]، فان امتنع قتل واستتابته واجبه، وکم یستتاب، قیل: ثلاثه ایام، وقیل: القدر الّذی یمکن معه الرجوع، والأول مروی، وهو حسن لما فیه من

الشَرح:

لا یرتبط بارتداد الزوجه، یأتی بقیّه الکلام فی ذلک فی بیان الحکم للمرتد الملّی.

[۱] لا خلاف فی أنّ المرتدّ الملّی یستتاب ولا یقتل قبل الاستابه و، وظاهر الاصحاب أنّ الأمر بالتوبه وظیفه الحاکم قبل اجراء الحدّ علیه، ویدلّ علی الحکم صحیحه علی بن جعفر، عن أخیه أبی الحسن علیه السلام ، قال: سألت عن مسلم تنّصر، قال: «یقتل ولا یستتاب»، قلت: فنصرانی اسلم ثم ارتدّ، قال: «یستتاب فان رجع وإلاّ قتل»(۱).

وصحیحه الحسن بن محبوب عن غیر واحد من اصحابنا، عن أبی جعفر علیه السلام بأنّ المرتدّ الفطری یقتل ولا توبه له، وبما أنّ آمره بالتوبه غیر مذکور، فالمتفاهم العرفی أنّ ذلک من وظیفه مجری الحد علیه.

وقد وقع الخلاف فی مقدار الاستتاب بحسب الزمان، وقد نسب الماتن قدس سره الی لم یذکر اسمه أنّ المقدار ثلاثه ایام، وذکر أنّه مرویّ، والروایه خبر مسمع بن عبدالملک عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قال: أمیر المؤمنین علیه السلام : «المرتد عن الاسلام تعزل عنه امرأته ولا تؤکل ذبیحته ویستتاب ثلاثه ایّام، فان تاب وإلاّ قتل یوم الرابع»(۲).

والمحکی عن الشیخ فی المبسوط والخلاف أنّه یستتاب بالقدر الذی یتمکن معه الرجوع الی الاسلام، حیث إنّ مقتضی اطلاق الأمر بالاستتابه هو

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المرتد، الحدیث ۵: ۵۴۸.

التأنى لازاله عذره، ولاتزول عنه املاكه بل تكون باقيه عليه [۲].

وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على انقضاء العده، وهى كعده المطلّقه.

وتقضى من امواله ديونه وما عليه من الحقوق الواجبه، ويؤدّى منه نفقه الاقارب مادام حياً، وبعد قتله تقضى ديونه وما عليه من الحقوق الواجبه دون نفقه الاقارب.

الشَرح:

الاكتفاء بذلك، ولكن لا يخفى عدم المجال للتمسّك بهذا الاطلاق، فانّ خبر التحديد بثلاثه ايام وان كان ضعيفاً سنداً، على روايه الشيخ والكلينى ، ولكنّه معتبر على روايه الصدوق قدس سره ، حيث رواه بسنده الى السكونى، وعليه فاللازم رفع اليد به عن الاطلاق المتقدم، وأمّا ما فى عباره الماتن قدس سره من التعليل بالتأنّى لازاله عذره فلا يخرج عن مجرّد الاستحسان.

ثم إنّه ايام كافيه فى حلّها، فان ادّعى بعد ذلك عدم حلّها لا تسمع ولا يمهل بل يقتل، أخذاً بما دلّ على انّه يستتاب ثلاثه ايام ويقتل اليوم الرابع.

[۲] بلا خلاف، بل الأمر فى المرتده الفطريه ايضاً كذلك، فانّ ذلك مقتضى الاسباب الموجبه لدخول الأموال فى ملك أربابها من العقود والايقاعات والاحياء والحيازات والمواريث وغيرها بعد اختصاص ما دلّ على انتقال اموال المسلم بارتداده الى وزثته بالمرتد الفطرى.

وعلى ذلك يؤدّى من أموال المرتدّ الملّى ديونه ونفقه زوجته المتدّه من ارتداد زوجها، وكذلك نفقه سائر أقاربه، حيث إنّه مكلّف بأداء نفقه زوجته، فانّ الزوجته زمان العدّه باقيه نظير بقائها فى الطلاق الرجعى، وكذلك بسائر التكاليف التى منها وجوب الانفاق على أقاربه من الوالدين والولد مع فقرهم.

ولو قتل أو مات كانت تركته لورّاثه المسلمين، فان لم يكن له وارث مسلم فهو للامام عليه السلام [١]

الشَرح:

هـذا مع حياته، وأمّا بعـد موته ولو بالقتل حدّاً أو بغيره فيؤدّى ديونه من تركته، ومن الديون نفقه زوجته التى كانت عليه، بخلاف نفقه سـائر الاقـارب، فانّهـا لا تحسب ديناً عليه لما تقرّر فى باب النفقات ملك الزوجه نفقتها على زوجها، بخلاف سائر الاقارب، فانّ وجوب الانفاق عليهم مجرّد التكليف.

وظـاهر المـاتن قـدس سره كصـريح بعض الاصـحاب أنّ المؤدّى ديونه، يعنى المتصـدى لادائها أو نفقه زوجته وسائر اقربائه هو الحاكم ، حيث انّ له ولايه التصرف فى أموال الغائب والمحجور عليه.

ولكن لا يبعـد القول بأنّه إذا أمكن للمرتد الملّى أداء دينه مباشـره أو بالتوكل، كذا الانفاق على زوجته واقربائه فلا موجب للقول بلزوم تصـدى الحـاكم، فانّه لا دليل على كون مجرّد الارتـداد عن ملّه موجباً للحجر عليه فى امواله، ومقتضـى ما دلّ على سـلطنه المالك على امواله نفوذ تصرفاته فيها مباشره أو توكيلاً، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] إذا كـان للكـافر الاصـلى وارث مسـلم يرثه ويحجب الوارث الكـافر، سواء كـان الوارث الكافر مساوياً المسـلم فى المرتبه أو أقرب رتبه من المسلم، وإذا لم يكن له وارث مسلم يرثه ورثته الكفار ولا يحجبهم الإمام عليه السلام .

وأمّـا المرتـد فيرث أمواله وريته المسـلمون ولاـ يرثه أقربـائه الكفـار، سواء كانوا متساوين مع ورثته المسـلمين فى الرتبه أو كانوا اقرب منهـم الى الميت، وإذا لم يكن للمرتـدّ وارث مسـلم ينتقـل تركته إلى الإمـام عليه السـلام ، وقـد ادّعى الاجمـاع على هـذا الحكم فى اموال المرتدّ الفطرى والمرتدّه الفطريه، والمشهور انّ الحكم فى

حكم ولد المرتد

وولده بحكم المسلم[۱]، فان بلغ مسلماً فلا بحث، وان اختار الکفر بعد بلوغه استتیب، فان تاب والاّ قتل، ولو قتله قاتل قبل وصفه بالكفر قتل به، سواء قبل بلوغه أو بعده.

الشَرح:

المرتد الملی والمرتدّه الملیه کذلک، وعلّلوا ذلک لتحرّم المرتد بالاسلام، ولذا لا یجوز استرقاقه، ولا یصح نکاح المرتد باکافره ولا بالمسلمه علی ما یأتی.

أقول: ان کان للمرتدّ الملّی وارث مسلم یرثه ویحجب الوارث الکافر، حتّی من کان اقرب الی المیت من المسلم فی المرتبه، أخذاً بما دلّ علی أنّ المسلم یرث الکافر ویحجب وارثه الکافر، وأمّا إذا لم یکن له وارث فالأظهر أنّ ترکته تنقل الی وارثه الکافر لا الإمام علیه السلام .

وشهد لذلک صحیحه ابراهیم بن عبدالحمید، قال: قلت لأبی عبداللّه : نصرانی أسلم ثم رجع الی النصرانیه ثم مات، قال: «میراثه لولده النصاری، ومسلم تنصّر ثم مات، قال: میراثه لولده المسلمین»(۱).

فانّ صدرها وان یعمّ ما إذا کان للمرتدّ الملّی مسلم إلاّ انّه لابدّ من رفع الید عن ذلک بما دلّ علی أنّ الاسلام لا یزید إلاّ عزّاً، وإنّ المسلم یرث الکافر ویحجب الوارث الکافر.

وما یقال من أنّ المرتد بکلا قسمیه خارج عن حکم الکافر لتحرمه بالاسلام، ویکون دون المسلم وفوق الکافر لم یظهر له وجه صحیح، بل یمکن أن یقال: إذا لم یکن للمرتدّ الفطری وارث مسلم ولم یقتل وقد اکتسب مالاً بعد ردتّه یکون ما اکتسبه زمان ردتّه لوارثه الکافر.

[۱] إذا کان للمرتدّ ولد فهو محکوم بالاسلام إذا کان انعقاد نطفته قبل ارتداده

۱- (۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۶ من أبواب موانع الارث، الحدیث ۱: ۳۸۵.

....

الشَرح:

لا يخرج عن الاسـلام بارتـداده، وإذا كبر فاختار الكفر بحسب ارتـداد الولـد، فطرياً كما تقـدّم أنّه أسـلم احـد الابوين بعد انعقاد نطفته حال كفرهما يحسب اسلام الولد تبعياً لاسلام أبويه أو احدهما، وإذا كبر واختار الكفر يكون ارتداده ملّياً.

ولاـ ينافى ذلک ما فى موثقه عمر بن خالـد، عن آبائه، عن على عليه السـلام ،قال: «إذا أسـلم الأب جرّ الولـد إلى الاسـلام، فمن أدرک من ولده دعى الى الاسلام، فان أبى قتل وإذا أسلم الولد لم يجرّ أبويه ولم يكن بينهما اسلام»(۱).

حيث يتعيّن حمل الـدعوه الى الاسـلام على صوره إظهار الكفر قبل البلوغ، والـدعوه فى هذه الصوره الى الاسـلام يجرى فيما إذا كـان ارتـداد الولـد فطرياً أو ملّياً، وما فى عباره الماتن، من بيان وجوب الاسـتتابه وتقييـده بصوره كفر الولـد بعـد بلوغه لا يمكن المساعـده عليه، فـانّ اختيـار الولـد الكفر إذا كـان حال تمييزه وقبل بلوغه ايضاً يسـتتاب إلى أن يبلغ، فان لم يتب بعـد ذلک قتل سواء كان ارتداده ملّياً أو فطرياً.

والفرق بين الملّى والفطرى أنّ الاوّل لا يقتل إلاّ مع الاسـتتابه عنـد بلوغه ايضاً، بخلاف الثانى فانّه يقتل بارتـداده عند بلوغه، كما تقدم ذلک عند التعرض لصحيحه ابان بن عثمان.

ويمكن أن يقال: إنّ الطفل الذى لم يكن ولادته على الاسـلام، بل جرى عليه حكم المسلم باسلام أحد ابويه، فهذا الحكم مادام لم يبلغ، وإذا بلغ فعليه الاعتراف بالاسلام، فان اعترف فهو وإلاّ يقتل كما هو ظاهر الموثقه.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب حد المرتد، الحديث ۷: ۵۴۹.

ولو ولـد بعد الردّه وكانت أمه مسـلمه كان حكمه كالأوّل[١] وان كانت مرتـده والحمل بعـد ارتدادهما كان بحكمهما، لا يقتل المسـلم بقتله وهـل يجوز استرقاقه تردد الشـيخ، فتاره يجيز لانه كافر بين كافرين، وتاره يمنع لأنّ اباه لا يسترق لتحرمه بالاسـلام، وكذا الولد، وهذا أولى.

ويحجر الحاكم على امواله لئلا يتصرّف بالاتلاف[٢]، فان عاد فهو أحق بها، الشَرح:

ويترتّب على ذلك أنّه قتله المسلم حال صغره بعد اسلام أبويه أو أحدهما يتلّق بالقاتل المسلم القصاص، وكذا إذا قتله بعد بلوغه ووصـفه الاسـلام، وأمّا إذا كان بعد البلوغ وقبل الوصف ففى ثبوت القصاص تأمّل، وظاهر الماتن الالتزام باسلام الولد قبل بلوغه وبعده مع عدم ارتداده بعد بلوغه، ولذا ذكر أنّ قاتله يقتل، سواء قتله حال صغره أو بعد بلوغه قبل ارتداده.

[١] مراده أنّه لو كان تكوّن الولد حال ارتداد أبيه ولكن كانت الام مسلمه يتبع الولد اسلام امّه، حيث إنّ الولد يتبع اشرف أبويه، وأمّـا إذا كـان عنـد تكوّنه أى انعقـاد النطفه أبواه مرتـدّين فهو محكوم بـالكفر، وهـل يجوز استرقاقه كان فى دار الاسـلام أو دار الكفر.

قيل: لا يجوز لعدم جواز استرقاق أبيه لدخوله فى الاسلام قبل ارتداده، ويعبّر عن ذلك بتحرّمه بالاسلام وكذا الولد.

ولكن لاـ يخفى أنّ عـدم جواز استرقاق أبيه لأنّه مسـلماً وتعلّق به حـدّ الارتـداد عنـد ارتـداده، والحـدّ المزبور لا يجتمع مع جواز استرقاقه، أو أنّ ما دلّ على جواز استرقاق الكفّار لا يعمّ المرتـد والمرتدّه، وشـىء من ذلك لا يجرى على الولد المحكوم بالكفر من حين ولادته.

[٢] قد تقدّم أنّه لا دليل على كون المرتد الملى أو المرتده محجوراً عليه فى

فان التحق بدار الكفر بقيت على الاحتفاظ ويباع منها ما يكون له الغبطه فى بيعه كالحيوان.

مسائل من هذا الباب.

الأولى: اذا تكرّر الارتداد، قال الشيخ: يقتل فى الرابعه[١]، وقال: وروى اصحابنا يقتل فى الثانيه أيضاً.

الشَرح:

امواله، وأنّ على الحاكم أن يحجر عليه فى امواله، فانّه لم يرد فى شيء من الخطابات كون الردّه من اسباب الحجر.

ومـا يقـال من أنّ حجر الحـاكم لئلّا يتلف أمواله على وزثته المسـلمون لا يمكن المساعـده عليه، حيث إنّ امواله باقيه على ملكه والناس مسـلطون على اموالهم، ولو كان ما ذكر موجباً للحجر عليه للزم على الحاكم الحجر على الـذمى إذا كان له وارث مسـلم، تحفظاً على ما يملكه المسلم، ولئلّا يتلف الكافر ذلك المال بتمليكه المال لسائر ورثته الكفار حال حياته أو بغير ذلك.

[١] إذا تكرّر الملّى، قال الشـيخ فى الخلاف: يقتل فى الرابعه بلا اسـتتابه، واسـتدل عليه باجماع أصحابنا على أنّ اصحاب الكبائر يقتل فى الرابعه، وعن المبسوط: روى عنهم عليه السلام أنّ اصحاب الكبائر يقتلون فى الرابعه، وقال: روى اصحابنا ايضاً يقتل فى الثالثه.

أقـول: دعوى الاجمـاع على القتـل فى الرابعه كـاكثر دعـاوى الاجماعـات فى الخلاـف لاـ يمكن أن يتعمـد عليهـا، قـد روى فى التهـذيب فى ابواب مختلفه عن يونس بن عبدالرحمن، عن أبى الحسن الماضـى عليه السـلام : «ان اصـحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين قتلوا فى الثالثه»، وسـنده الى يونس بن عبدالرحمن صـحيح، ولكن لا دلاله للصـحيحه على القتل فى الثالثه فى مفروض كلامنا، وذلك

....

الشَرح:

لعدم اقامه الحد على المرتد الملّى قبل المره الثالثه، فانّ حدّه القتل بعد الاستتابه وعدم توبته، والمفروض أنّه تاب فى المرّه الاولى والثانيه.

نعم، روى الكلينى قدس سره عن محمّد بن يحيى، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن على بن حديد، عن جميل بن دراج وغيره، عن أحدهما عليه السلام فى رجل رجع عن الاسلام، قال: يستتاب، قيل: فما تقول ان تاب ثم رجع، قال: لم اسمع فى هذا شيئاً، ولكنّه عندى بمنزله الزانى الذى يقام عليه الحد مرّتين ثم يقتل بعد ذلك، وقال: روى اصحابنا أنّ الزانى يقتل فى الثالثه(١).

ولكن لا يخفى أنّ القتل فى الثالثه استظهار جميل بن دراج لا الحكايه عن الإمام عليه السلام ، وأمّا روايه جابر عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل من ثعلبه قد تنصّر بعد اسلامه فشهدوا عليه، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ما يقوله هؤلاء الشهود؟ قال: صدقوا وأنا ارجع الى الاسلام، فقال: اما انّك لو كذبت الشهود لضربت عنقك وقد قبلت منك فلا تعد، فانك ان رجعت لم اقبل منك رجوعاً بعده»(٢).

ولكن هذا ايضاً لا يمكن الاعتماد عليه، فانّ مع الاغماض عن ضعف سنده، مدلوله قتل المشهود عليه بتكذيبه الشهود، ومع عدم تكذيبه يقتل عليها فى المره الثانيه.

نعم، لا يبعد الالتزام بقتل المرتدّه إذا تابت بعد حبسها والتضييق عليها فى الطعام والشراب، الى ان تتوب أنه حد ردّتها، واللّه سبحانه هو العالم.

ص :٣٨٢

١- (١) الكافى ٧: ٢٥٦.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب حد المرتد، الحديث ۴: ۵۴٨،الكافى ٧: ٢٥٧.

الثانيه: الکافر اذا اکره الاسلام، فان کان ممّن یقرّ علی دینه لم یحکم باسلامه[۱]، وان کان ممن لا یقرّ حکم به.

الثالثه: إذا صلی بعد ارتداده لم یحکم بعوده[۲]، سواء فعل ذلک فی دار الحرب أو دار الاسلام.

الشَرح:

[۱] قال بعض الاصحاب: إذا اکره الکتابی علی الاسلام، فأسلم لا یقبل اسلامه، لأنّ الشهادتین مع الاکراه علیهما لا اثر له کما هو مقتضی طریان الاکراه علی فعل ذی أثر فی سائر الموارد، فانّ الشهادتین ممّن یقرّ علی دینه کالذمی یخرجه عن الکفر الی الاسلام، وإذا کانت شهادته بالاکراه علیها فلا یخرجه الی الاسلام، وهذا الکلام وان یجری ممّن لا یقرّ علی دینه ایضاً کالمشرک إلّا أنّ السیره القطعیه من المسلمین کانت جاریه علی قبول اسلامه اثناء القتال، بل قبله مع أنّه اسلام جلّهم لو لا کلّهم کان خوفاً من القتل واسر اهله وأخذ امواله .

ولکن الظاهر عدم صحه التفصیل لعموم لسیره المشار الیها، ورفع الاکراه لا یجری فی موارد الاکراه علی الحق، ویشهد للعموم استتابه المرتد الملّی بل المرتده مطلقاً علی ما تقدم، بلا فرق بین کون ارتده بانکاره الشهادتین أو انکاره عموم رساله نبیّنا، بالاضافه الی جمیع الناس أو جمیع الازمنه، فانّ المرتدّ الملّی أو المرتدّه إذا اعترفت بالحق ورجع عن انکاره ولو بالاکراه علیه یسقط الحدّ عنه، قتلاً کان أو التأیید فی الحبس.

[۲] قد یقیّد عدم الحکم بعود المرتدّ الی الاسلام بصلاته بما إذا لم یسمع الشهادتین منه فی صلاته، أو ما إذا کان ارتداده بغیر انکارهما، ویعلّل عدم الکفایه فی الرجوع الی اسلامه لاحتمال صلاته، لزعمه أنّها تمنع عن إقامه الحدّ علیه، کما إذا صلّی فی دار الاسلام، أو لحکایه صلاه المسلمین الی السائرین، کما إذا صلی

الرابعه: قال الشيخ(ره) فی المبسوط: السکران یحکم باسلامه وارتداده، وهذا یشکل مع الیقین بزوال تمییزه، وقد رجح فی الخلاف.

الشَرح:

فی دار الحرب.

وممّا ذکر یظهر أنّ استماع الشهادتین منه فی صلاته ایضاً لا یفید فی الحکم بعوده الی الاسلام، فانّ المعتبر فی الصلاه التلفّظ بألفاظ الشهادتین، ولا ولا یکون الشرط فی صحه الصلاه المدلول، ولذا لو لم یکن المصلّی عارفاً بمعناهما تصحّ الصلاه، وإذا کان الأمر فیمن یصلّی اداءًبوظیفته الشرعیه کذلک، فما ظنّک فی صلاه المرتد المحتمل وقوعها منه لحکایه فعل المسلمین أو لزعمه عدم اقامه الحد علیه معها.

نعم: إذا أحرز بوجه أنّ صلاته لرجوعه الی الاسلام والعمل بوظیفه الشرعیه، وأنّه قصد فی تشهده ألفاظ الشهادتین بمدلولههما، فهذا أمر آخر، وما تقدّم فی موحبیه نفس الصلاه الخارجیه المشاهده لعوده الی الاسلام.

لا یقال: قد تقدّم أنّ سماع الشهادتین من المرتدّ بل من مطلق الکافر حتّی مع الاکراه علی الاسلام کاف فی الحکم باسلامه إذا احتمل قصد مدلولهما، وعلیه فاذا احتمل أنّ المرتدّ بالتلفّظ بالشهادتین فی تشهد الصلاه قصد المدلول یبنی علیه فیحکم باسلامه.

فانّه یقال: ما تقدّم ما إذا کان المتلفّظ بهما فی مقام الاعتراف لا فی مثل الصلاه التی لا یعتبر فی صحتها کون المتلفّظ بهما فی مقام الشهاده والاعتراف کما تقدّم .

ذکر بعض الاصحاب أنّ الکافر إذا اعترف بالشهادتین حال سکره یحکم بأنّه قد أسلم، کما أنّ المسلم إذا سکر وجحد التوحید والنبوه وغیرهما ممّا علم

الخامسه: كل ما يتلفه المرتد على المسلم يضمنه فى دار الإسلام والحرب حاله الحرب وبعد انقضائها وليس كذلك الحربى، وربما حظر اللزوم فى الموضعين لتساويهما فى سبب الغرم.

الشَرح:

من الذين بالضروره يحكم بارتداده، حيث إنّ السكران يلحق بالصّاحى، أى بمن زال عنه السكر، كما فى ارتكابه سائر ما يوجب الحد حال سكره كالزنا والقذف والسرقه وغيرها، والمنسوب الى المشهور كما يأتى فى بحث القصاص أنّ على القاتل حال سكره القود، وقد نقل الماتن قدس سره عن الشيخ فى المبسوط واشكل فى حصول الاسلام والارتداد، مع العلم بأن السكران لشده سكره فاقد للتمييز، حيث إنّ التمييز شرط فى حصول كل من الاسلام والكفر.

أقول: قد لا يكون انطباق عنوان الفعل الموضوع لحكم أو المتعلّق للحرمه والوجوب موقوفاً على قصد ذلك الفعل كالقتل والزنا وغير ذلك، وفى مثل هذه الموارد يؤخذ السكران بالافعال المزبوره، يترتّب على الفعل الصادر عنه حال سكره الحكم المترتب عليه إذا علم أو اطمئنّ أو حتّى إذا احتمل بصدورها عنه إذا سكر، وحديث رفع الخطأ لا يعمّ هذه الموارد لتحريم الشارع شرب المسكر، وهذا التحريم إلزام على المكلف بالتحفّظ على ما يصدر عنه من فعل الحرام حال سكره حتّى ولو كان ارتكابه محتملاً.

وأمّا إذا لم ينطبق عنوان الفعل على العمل إلاّ بالقصد حال العمل، كعنوان الشهاده والانكار والطلاق والبيع وسائر العناوين الانشائيه، فالسكران بسكر موجب لفقد التمييز والقصد حال العمل يوجب عدم تحقق ذلك العمل، ومن هذا القسم الاسلام والكفر.

الوجه فى ضمان المرتدّ، سواء كان ضمان تلف النفس أو الطرف أو المال،

السادسه: إذا جنّ بعد ردّته لم يقتل، لأنّ قتله مشروط بالامتناع عن التوبه ولا حكم لامتناع المجنون[١].

الشَرح:

مقتضى ادله الضمان قصاصاً وديه ومثلاً أو قيمهً، بلا فرق بين كون الاتلاف فى دار الاسلام أو دار الكفر، وعلى ذلك فلو وقع التزاحم بين اقامه الحدّ عليه واستيفاء الضمان، كما إذا قتل المرتدّ الملّى مسلماً وتعلّق به القصاص يتقدّم القصاص على اقامه الحد، كا هو مقتضى اهميه حقوق الناس.

بل يستفاد ذلك ممّا ورد فى القصاص عن المحارب الذى عليه القتل قصاصاً وحدّاً، وكذا الحال فى الكافر الاصلى إذا اتلف على المسلم نفساً أو طرفاً أو مالاً، حتّى ما لو اسلم بعد اتلافه.

وما قيل، من أنّه مع اسلامه بعد اتلافه يسقط ضمانه، لأنّ الاسلام يجبّ ما قبله، كما فى المروى فى غوالى اللئالى عن النبى صلى الله عليه و آله لا يمكن المساعده عليه، فانّه ضعيف سنداً، وعدم لزوم تدارك ما فات عن الكافر حال كفره من الصلاه والصوم وغيرهما للسيره القطعيه مع ورد الخبر فى بعض الموارد.

نعم، ما يتلفه الكافر الحربى على المسلم او المسلمين حال القتال فلا يبعد دعوى السيره القطعيه بأنّ المسلمين لم يكونوا ملزمين للكفار بعد اسلامهم بالضمان، ولذا كان ذلك موجباً لدخولهم فى الاسلام، وقد نقل سيره النبى صلى الله عليه و آله مع قاتل حمزه عليه السلام ، واللّه العالم.

[١] يعنى لا اثر لامتناع المحنون عن التوبه، وهذا بخلاف ما امتنع عن التوبه بعد الاستتابه ثم جنّ قبل جريان الحدّ عليه، فانّ جنونه هذا لا يوجب سقوط الحدّ كما تقدم فى حد الزنا وغيره، وعلى ذلك فان طرء الجنون على المرتد الفطرى بعد ارتداده يقتل، لعدم اشتراط قتله بالاستتابه وعدم التوبه .

ما يتحقق به الإسلام

السابعه: إذا تزوّج المرتـد لم يصح، سواء تزوّج بمسلمه أو كافره، لتحرّمه بالاسـلام المانع من التمسک بعقد الكافره[١]، واتصافه بالكفر المانع من نكاح المسلمه.

الثامنه: لو زوّج بنته المسلمه لم يصحّ لقصور ولايته عن التسلّط على المسلم[٢]، ولو زوج أمته ففى صحه نكاحها تردّد، اشبهه الجواز.

التاسعه: كلمه الإسلام أن يقول: اشهد ان لا اله الاّ وان محمّداً رسول اللّه [٣]، وان قال مع ذلک، وابرء من كلّ دين غير الإسلام كان تاكيداً، ويكفى الاقتصار على الاول، ولو كان مقراً باللّه سبحانه وبالنبى جاحداً عموم نبوته أو وجوده احتاج الى زياده تدل على رجوعه عما جحده.

الشَرح:

[١] قد تقدّم الكلام فى ذلک فلا نعيد.

[٢] يظهر من عباره الماتن أنّ الأب والجد وللأب لهما ولايه تزويج بنتهما الباكره، ولكن إذا كان الأب أو الجد كافراً أو مرتداً فلا يكون للكافر أو المرتد الولايه على البنت المسلمه، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «لَنْ يَجْعَلَ اللّه للكافِرينَ على المؤْمِنينَ سَبيلًا»(١)، بل لو قيل باعتبار اذن الأب أو الجدّ فى تزويج البنت نفسها فاعتبار إذن الأب أو الجد الكافر ومنه المرتد الملّى ساقط لكونه سبيلًا عليها.

نعم، إذا زوج المرتد أمته المسلمه فلا يبعد الحكم بالصحه، فانّ تزوجها بالملک لا بالسبيل والولايه.

[٣] كون ما ذكر كلمه الاسلام مستفاد من السيره القطعيه المشار اليها، وما ورد فى الروايات فى الفرق بين الاسلام والايمان كموثقه سماعه قال: قلت

١- (١) النساء: ١٤١.

....

الشَرح:

لأبی عبداللّه علیه السلام : أخبرنی عن الاسلام والایمان أهما مختلفان، فقال: «ان الایمان یشارک الاسلام والاسلام لا یشارک الایمان»، فقلت: فصفهما لی، قال: «الاسلام شهاده ان لاـ اله الاّ اللّه والتصدیق برسوله وحقنت به الدماء وعلیه جرت المناکح والمواریث»(۱).

وفی صحیحه فضیل بن یسار، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «ان الایمان یشارک الاسلام والاسلام لا یشارکه، ان الایمان ما وقر فی القلوب والاسلام ما علیه المناکح والمواریث»(۲) الی غیر ذلک.

ثم إنّ المراد من الشهادتین یعمّ ما یراد فهما، وما معناهما ولو من أی لغه، والظاهر عدم اعتبار کلمه أشهد، بل القول لا اله الاّ اللّه وانّ محمّداً رسول اللّه فی مقام الاعتراف والاقرار کاف فی الحکم باسلام الشخص، إذا لم یبرز شیئاً یعدّ قرینه واظهاراً للخلاف، کما هو مقتضی ما تقدم.

نعم، ربما یقال: إنّ الاعتراف بالشهادتین لا ینفع فی توبه الزندیق، فان بنائه علی اخفاء مذهبه وعدم ابرازه، والاعتراف بالتکلّم بکلمه الاسلام یعدّ منه اخفاءً لمذهبه واظهاره، وتکلّمه بکلمه التوحید أمر عادیّ له، حتّی إذا لم یکن مرتداً ولم یکن فی مقام التوبه.وعلیه فاذا کان قتله بالزندیه واجباً کما إذا کان مرتداً ملّیاً، فانّ احرز بالقرائن أنّه رجع الی الاسلام بترکه الزندقه، فهو وإلاّ فلا یکون مجرد تکلمه بالشهادتین مسقطاً للحد عنه.

أقول: لا وجه لرفع الید عن اطلاق الروایات الوارده فی بیان الاسلام إذا

۱- (۱) الکافی: ۲: ۲۵.

۲- (۲) الکافی: ۲: ۲۶.

تتمه فيها مسائل متفرقه

تتمه فيها مسائل:

الاولى: الـذمىّ اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب[١] فأمـان امواله باق، فان مات ورثه وارثه الـذمى والحربى، وإذا انتقل الميراث الى الحربى زال الامـان عنه، وأمّـا الاولاـد الاصاغر فهم باقون على الـذمه، ومع بلوغهم يخيّرون بين عقـد الـذمه لهم باداء الجزيه وبين الانصراف الى مأمنهم.

الشَرح:

احتمل فى مقام توبته بعد الاستتابه أنّه رجع عن الزندقه ويزيد على الكلمتين اعترافه بالتبرء عن الزندقه، كمن يزيد عليهما نفى ما كان ارتداده بجحوده.

[١] إذا نقض الـذّمى العهـد ولحق بدار الحرب يزول عنه الامان وامواله الباقيه فى بلد المسـلمين أو تحت استيلائهم كاولاده باقيه على الامـان، فـانّ لحوقه بـدار الحرب نقض لعقـد الـذمه وعهـد الامـان بالاضـافه الى نفسه، لاـ بالاضافه الى امواله الباقيه واولاده الصغار.

ودعوى أنّ الأمان بالاضافه الى أمواله تبع لعقد الذمه لا مستقلاً، ومع لحوقه بدار الحرب ينحلّ عقد الذمه ولكن بقاء أمواله على ما كان عليه لثبوت الاجماع لا يمكن المساعـده عليها، فانّه إن اريـد من التبعيّه عـدم كون عقـد الـذمّه متضـمناً أو مسـتلزماً اعطاء الأمـان فى نفسه وأمواله وأولاـده الصـغار بنحو الانحلاـل مطلقـاً، بـل مادام الأمان بالاضافه الى نفسه باقياً أو مادام لم ينقص عقد الـذمه فهـذه التبعيه لاـ نسـلّمها، بـل عقـد الـذمه متضـمّن بـأن يكون كـلّ من نفسه وأمواله وعيـاله باقيـاً على الأمان مادام فى بلد المسـلمين أو تحت سيطرتهم، فبلحوقه الى دار الحرب ينتهى الأمان بالاضافه الى نفسه لا بالاضافه الى الأمان بالاضافه الى أولاده الكبار الذين كانوا صغاراً عند عقد الذمه، مع أنّ عقد الذمّه ينتهى بالاضافه اليهم عند بلوغهم.

وعلى ذلك فالأموال الباقيه منه فى بلد المسلمين ملك له، فان مات ورثه

الثانيه: إذا قتل المرتد مسلماً عمداً فللولى قتله قوداً[۱]، ويسقط قتل الرده ولو عفى الولى قتل بالردّه، ولو قتل حطأً كانت الديه فى ماله مخففه مؤجله، لأنّه لا عاقله له على تردّد، ولو قتل أو مات حلّت كما تحلّ الاموال المؤجله.

الثالثه: إذا تاب المرتد فقتله من يعتقد بقائه على الردّه، قال الشيخ: يثبت القود لتحقق قتل المسلم ولأنّ الظاهر انّه لا يطلق الارتداد بعد توبته، وفى القصاص تردد[۲] لعدم القصد الى قتل المسلم.

الشَرح:

الوارث الذمى والحربى، نعم إذا انتقل المال كلّه أو بعضه الى وارثه الحربى زال الأمان عنه لزوال الملك عمن اعطى امانها له.

وأمّا أولاده الصغار فهم باقون على الذمه، حيث إنّ اعطاء الأمان لهم بما أنّهم اولاده لا بعنوان ملكه، كما هو الحال فى أمواله، ولذا مع بلوغهم يخيرون بين أن يعقدوا عقد الذمه باعطاء الجزيه وبين انصرافهم الى مأمنهم وهم على أمانهم مادام لم يلحقوا بمأمنهم، كما هو الحال فى الكافر الحربى إذا دخل بلاد المسلمين بأخذ الأمان.

[۲] لما تقدّم فى بحث المحارب أنّ القصاص يقدّم على القتل حداً، غايه الأمر لو عفى أولياء الدم عن القاتل يقتل حدّاً، وذكرنا ايضاً أنّ حقّ الآدمى عند تزاحمه مع حقّ اللّه يقدّم عليه لاحتمال الاهميه، لو لم نقل بأنّ اهميته معلوم.

وإذا قتل المرتد مسلماً خطأً يكون عليه الديّه حتّى لو كان قتله خطأً محصناً، بناءً على الوارث عنه ورثته المسلمون، والمسلم لا يعقل الكافر والمرتد الملى من الكافر.

[۱] القول بثبوت القود ضعيف،، لأنّ المفروض أنّ القاتل لو كان عالماً بتوبته أو حتّى كان محتملاً لها لم يكن يقتله وكان قصده قتل المرتد ولكن لم يصبه بل

....

الشَرح:

أصاب غيره، فيدخل فی عموم قوله علیه السلام فی صحیحه الحلبی: «الخطأ من اعتمد شیئاً فأصاب غیره یعنی قصد شیئاً وأصاب غیر المقصود.

والمقام مثل ما إذا رأی فی الظلمه انساناً واعتقد أنّه کافر حربی فقتله فبان انّه مؤمن، ومثل ذلک یدخل فی شبه العمد، حیث کان قاصداً قتل من قتله ولکن بالاعتقاد الخطأ، بحیث لو کان ملتفتاً لما کان یقتله لما کان یقتله، وزیاده البحث فی المقام موکول الی بحث موجبات القصاص.

الباب الثانی

اشاره

فی اتیان البهائم ووطی ء الاموات وما یتبعه.

أمّا اتیـان البهائم إذا وطأ البالغ العاقل بهیمه مأکوله اللحم کالشاه والبقره، تعلّق بوطیها أحکام تعزیر الواطی ء واغرامه ثمنها ان لم یکن له، وتحریم الموطوئه ووجوب ذبحها واحراقهالئلا تشتبه بعد ذبحها بالمحلّله[١].

الشَرح:

[١] المراد ترتّب جمیع تلک الاحکام إذا کان واطی ء البهیمه بالغاً عاقلًا مختاراً، وإن لم یکن کـذلک لا یترتّب جمیعها حیث لا تعزیر علی الصبی والمجنون بمـا هو المراد منه فی المقـام، وان یؤدب الصبی بل المجنون إذا کان قابلًا، بل لا یکون تعزیر مطلقاً فی المکره، وأمّـا حرمه لحمها وشـحمها ولبنها ونسـلها ووجوب ذبحها واحراقها بل اغرام ثمنها إذا لم تکن ملکاً للواطی ء یترتّب علی وط ء الانسان، سواء کان صغیراً أو کبیراً عاقلًا أو محنوناً مختاراً أو مکرهاً.

ویدلّ علی عموم الحکم فی وط ء الانسان البهیمه قبلًا أو دبراً الاطلاق فیما رواه الشـیخ قدس سره بسنده عن محمّد بن احمد بن یحیی، عن محمّد بن عیسـی، عن الرجل علیه السـلام أنّه سئل عن رجل نظر الی راع نزا علی شاه، قال: «ان عرفها ذبحها واحراقها وان لم یعرفها قسّمها نصفین أبداً حتّی یقع السهم بها فتذبح وتحرق وقد نجت سائرها»(١).

ولاـ یبعـد اطلاقهـا، یعنی عـدم الاسـتفصال فی الجواب عن الراعی بین کونه بالغاً أم لا إن یعمّ الحکم لوط ء غیر البالغ، کما یعمّ الجاهل بالتحریم والعالم به، بل لا یبعد شمولها لمثل الابله.

وموثقه سماعه قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الرجل یأتی البهیمه: شاه أو ناقه

١- (١) الوسائل: ١۶، الباب ٣٠ من أبواب الاطعمه المحرمه، الحدیث ١: ۴٣۶.

....

الشَرح:

أو بقره، قال: فقال: «يحـدّ حدّاً غير الحدّ»(۱)، ثم ينفى من بلاـده إلى غيرها، وذكروا أن لحم تلك البهيمه محرم ولبنها، ولا يبعد أن يكون مقتضـى مناسـبه الحكم والموضوع عـدم دخـل العقـل والاختيـار فيمـا قـالوا عليهم السـلام ، من حرمه لحمها ولبنها بل ونسلها، كما هو مقتضى الأمر بذبحها واحراقها بعد موتها.

وصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، وعن الحسين بن خالد، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام ، وعن صباح الحـذراء، عن اسـحاق بن عمـار، عن ابى ابراهيم موسـى عليه السـلام ، فى الرجـل يـأتى البهيمه فقـالوا جميعـاً: «ان كانت البهيمه للفاعـل ذبحت فـاذا ماتت احرقت بالنار ولم ينتفع بها وضـرب هو خمسه وعشـرين سوطاً ربع حـد الزانى، وان لم تكن البهيمه له قوّمت وأخـذ ثمنهـا منه ودفع الى صاحبهـا وذبحت وإذا ماتت أحرقت ولم ينتفع بها وضـرب خمسه وعشـرين سوطاً»، فقلت: وما ذنب البهيمه؟ فقـال: «لاـ ذنب لهـا ولكن رسول اللّه صـلى الله عليه و آله فعـل هـذا وأمر به لئلاـ يجترى ء النـاس بالبهائم وينقطع النسل»(۲)، وقوله عليه السلام «ولا ينتفع بها» مقتضاه حرمه الانتفاع بنسلها ايضاً.

وربّمـا يخطر بالبـال: لا يناسب ذكر لئلاّ يقطع النسل، عموم الحكم بالاضافه الى ما إذا كان الواطى ء صـغيراً، ولكنه من قبيل بيان الحكمه، فلا ينافى عموم الحكم للصـغير أو من تولّـد له اطفال قبل وط ء البهيمه، المسـتفاد ممّا رواه محمّد بن عيسـى الظاهر انّه العبيـدى، بقرينه سـائر مـا يرويه محمّـد بن احمـد بن يحيى عنه، ويقـال: المراد من الرجـل هـو الهـادى أو أبى محمّـد العسـكرى عليهماالسلام .

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نكاح البهائم، الحديث ۲: ۵۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نكاح البهائم، الحديث ۱: ۵۷۰.

حکم البهیمه الموطوءه

اما التعزیر، فتقدیره الی الامام[۱]، وفی روایه یضرب خمسه وعشرین سوطاً، وفی الاخری الحدّ وفی اخری یقتل، والمشهور الأوّل.

اما التحریم، فیتناول لحمهما ولبنها ونسلها تبعاً لتحریمها، والذبح اما تلقیّاً أو لما یؤمن من شیاع نسلها وتعذر اجتنابه، واحراقها لئلا تشتبه.

الشَرح:

ولو فرض المناقشه فیه بأنّه لم یثبت أنّ المراد بالرجل هو الامام علیه السلام ، وأنّ الوارد فی غیره عنوان الرجل فلا یعمّ الصبی، فلا ینبغی التأمّل فی کون الحاق الصبی أحوط، لعدم نقل الخلاف فی الحکم المزبور، وفی روایه مسمع عن أبی عبداللّه علیه السلام : «انّ أمیر المؤمنین علیه السلام سئل عن البهیمه التی تنکح، قال: حرام لحمها ولبنها»، ومقتضی هذه ایضاً عموم الحکم، ولکنّها لضعف سندها صالحه للتأیید.

[۱] الکلام فی العقوبه المترتّبه علی واطی ء البهیمه إذا کان بالغاً عاقلاً مختاراً، فقد ورد فی بعض الروایات أنّ عقوبته القتل، ففی صحیحه جمیل بن دراج عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل أتی بهیمه، قال: «یقتل»(۱).

نعم فی بعض الکلمات أنّه ینفی الواطی ء عن بلده، والوارد فی موثقه دراج عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل أتی بهیمه، قال: «یقتل»(۲).

ونحوه روایه سلیمان بن هلال قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبداللّه علیه السلام عن الرجل یأتی البهیمه، قال: «یقام قائماً ثم یضرب ضربه بالسیف أخذ السیف منه ما أخذ، قال: فقلت: هو القتل؟ قال: «هو ذاک»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم ووطأ الاموات، الحدیث ۶: ۵۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم ووطأ الاموات، الحدیث ۶: ۵۷۱.

۳- (۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم ووطأ الاموات، الحدیث ۷: ۵۷۱.

....

الشَرح:

ولكن لم يعهد العمل بظاهما فی غیر موارد التعوّد والتكرار مع إقامه الحدّ مرتين، كما هو مقتضـی العموم فی صـحيحه يونس بن عبـدالرحمن، عن أبی الحسن الماضـی عليه السـلام : «إنّ أصـحاب الكبـائر كلّهـا إذا اقيم عليهـم الحـدّ مرتين يقتلون فی الثـالثه»، ولكن القتـل فی الثـالثه أخـذاً بالصـحيحه لا ـ يحسب قرينه عرفيه على أنّ المراد بالقتـل فی صـحيحه جميل، والروايه هو القتل فی المره الثالثه خصوصاً من صحيحه جميل.

بل الصـحيح فی الجواب: أنّ الروايه ضعيفه سنداً، والقتل فی صحيحه جميل كنايه عن الضرب الشديد المعبّر عنه بالقتل، كما هو المتعارف، بقرينه موثقه سماعه المتقدمه الوارد فيها عليه: «ان يجلد حدّاً غير الحد»(۱)، الظاهر فی التعزير.

وفی موثقه سـدير عن أبی عبـداللّه عليه السـلام فی الرجـل يأتی البهيمه، قال: «يجلـد دون الحـدّ ويغرم قيمه البهيمه لصاحبها لأنّه افسدها عليه وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه الحديث»(۲).

وفی صحيحه أبی بصير، عن أبی عبداللّه عليه السلام فی رجل بهيمه فاولج، قال: «عليه الحدّ»، وظاهرها وان يكون حدّ الزانی، بل ذكر صاحب الوسائل الروايه سـهل بن زياد، مع أنّ النسـخه من الكافی التی عندی ليس إلّا قوله عليه السلام : «عليه الحد»، القابل للتقييد بغير الحدّ، كما فی موثقه سماعه.

وفی معتـبره الحسـين بـن علـوان المروی عن قرب الاسـناد، عن جعفر، عن أبيه عن علی عليه السـلام أنّه سـئل عن راكب البهيمه فقال: «لا رجم عليه ولا حدّ ولكن

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث ۲: ۵۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث ۴: ۵۷۱.

وان كـان الأمر الاهم فيها، ظهرها لا لحمها كالخيل والبغال والحمير لم تذبـح[۱]، واغرم الواطی ء ثمنهـا لصاحبها، واخرجت من بلد الواقعه وبيعت فی الشَرح:

يعاقب عقوبه موجعه»، وهذا أقرب قرينه ممّا تقدّم على أنّ المراد بالقتل فی صحيحه جميل الضرب الشديد.

وكيف كـان فلا يحتمل قتل واطی ء البهيمه حـدّاً ولم يلتزم به احـد من اصـحابنا، ولـم يثبت حـدّ الزنا، أی الجلـد بمائه سوط ولا بخمسه وعشـرين، فـانّه وإن ورد فی صـحيحه عبـداللّه بن سـنان، عن أبی عبـداللّه عليه السـلام إلاّ أنّه نفی التحديـد به فی سـائر الروايات والثابت هو التعزير بما يراه الحاكم.

سماعه يجلـد حـدّاً غير الحـدّ ثم ينفی من بلاده الی غيرها، وظاهر النفی عن بلاده الی غيرها غير النفی عن بلـده، فانّ ظاهر الاوّل أن لا يستقرّ فی بلد يريد أن يسكن فيه، ولم نجد من التزم بذلك ضماً الی تعزيره، واللّه العالم.

ثم إنّ الأمر بذبـح البهيمه واحراقها لا يتوقّف على ثبوت وطأها عنـد الحاكم، بل هو حكم يتعلّق بالبهيمه، فيجب التصدی له ممّن احرز الاتيان، بلا فرق بين مالكها وغيره حتّى الواطی ء، كما هو مقتضی توجيه التكليف الی الناظر الی راع نزا علی شاه، والحكم بـانّ لحم البهيمه وشـحمها ولبنهـا محرّم ولا ينتفع منهـا، وأنّه أمر به رسول اللّه صـلی الله عليه و آله لكيلا يجتری الناس بالبهائم وينقطع النسل.

ولا يبعـد لزوم رعـايه الذبـح المعتبر فی تـذكيه الحيوان لتعلّق الأـمر بـذبحها، الظاهر فی ذلك الذبـح، حيث يحتمل كونه تعبـداً لازهاق روح الحيوان قبل احراقه حتّى يجوز قتله كيف ما اتفق.

[۱] ما ذكر قدس سـره من وجوب اخراج الحيوان الموطوء المقصود به ظهره الی بلد آخر لا يعرف فيه كونه موطوءً وبيعه فيه هو المعروف بين اصحابنا، ويدلّ عليه

غيره، أمّا عباده لا لعله مفهومه لنا، أو لئلا يعير بها صاحبها، وما الـذى يصـنع بثمنها، قال بعض الاصـحاب: يتصدّق به، ولم اعرف المستند، وقال الآخرون: يعاد على المغترم وان كان الواطى ء هو المالك دفع إليه، وهو اشبه.

ويثبت هذا بشهاده رجلين عدلين[١]، ولا يثبت بشهاده النساء انفردن أو انضممن، وبالاقرار ولو مرّه إن كانت الدابه له[٢]،

الشَرح:

موثقه سـدير أو حسـنته عن أبى جعفر عليه السـلام ، حيث ورد فيهـا: «إن كـانت ممّـا يركب ظهره غرم قيمتهـا وجلـد دون الحد وأخرجها من المدينه التى فعل فيها الى بلاد اخرى، حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها»(١).

وظاهرهـا أنّ معطى الغرامه يخرجها الى بلـد لا تعرف البهيمه فيه فيبيعها، ومقتضـى ذلك تملّكه ثمنها حيث تملكها بـدفع الغرامه الى صاحبها، والأمر فيها إذا كان واطؤها مالكها اظهر، فلا موجب للالتزام بلزوم التصدق بثمنها.

[١] ان شـهاده العـدلين يثبت بهـا كلّ موضوع إلاّ فى مورد قيام دليل على عـدم كفايتها فيه كبينه الزنا، ووجه عـدم ثبوت وطى ء البهيمه بشـهاده النساء ولو مع الضمّ الى شـهاده الرجل ما تقدّم من الروايات الداله على سـماع شهادتينّ منفردات أو منضمات، إلاّ فى موارد خاصه، وليس المقام منها، والحاق المقام بالزنا لا يخرج عن القياس.

[٢] إذا كـان المقرّ مالـك البهيمه يسـمع اقراره مرّه فـانّه اقرار على نفسه، ودعوى أنّ الاـقرار بالاضافه الى الحـدّ يعتبر بمرتين ولا يكفى المره الواحده، حيث إنّ الاقرار بمنزله شهاده عدل واحد لا يمكن المساعده عليه، فانّ الثابت فى المقام

١- (١) الوسائل: ١٨ :الباب ١ من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث ۴.

وإلاّ ـ ثبت التعزير حسب، وان تكرّر الاقرار، وقيل: لا ـ يثبت الاّ ـ بالاقرار مرتين وهو غلط، ولو تكرّر مع تخلّل التعزير ثلاثاً قتل فى الرابعه[٣].

واما وطى ء الاموات.

ووطأ الميته من بنات آدم كوطى ء الحيّه فى تعلّق الاثم والحدّ واعتبار الاحصان وعدمه، وهنا الجنايه افحش، فتغلظ الغقوبه زياده عن الحدّ بما يراه الامام، ولو كنت زوجته اقتصر فى التأديب على التعزير وسقط الحدّ بالشبهه.

وفى عدد الحجه على ثبوته خلاف قال بعض الاصحاب: يثبت بشاهدين لانه شهاده على فعل واحد بخلاف الزنا بالحيّه.

الشَرح:

التعزير دون الحدّ، بل تقدّم أنّ التنزيل بالاضافه الى حدّ الزنا لا الى موجب كل حدّ ولو لم يكن المقرّ مالك البهيمه، فلا يسمع اقراره إلاّ ـ بالاضافه الى تعزيره لا ـ سائر الاحكام من ذبح الحيوان واحراقه وغير ذلك، حيث إنّ اقراره بالاضافه الى غير التعزير اقرار على الغير فلا يسمع حتّى مع تكراره بمرّات.

وثبوت الغرامه على الواطى ء مترتب على فساد الحيوان الذى لم يثبت ولذا يثبت باقراره اغرامه قيمه الحيوان، بخلاف التعزير، فانه يثبت للعصيان الذى اعترف به على نفسه.

ولو خفى فعل الواطى ء يجب عليه ذبح الحيوان واحراقه حتّى مالو كان للغير وايصال قيمه الى صاحبه إذا عرفه، ومع عدم عرفانه يدخل القيمه فى المال المجهول مالكه فيجرى عليه حكمه.

[٣] قد تقدّم الكلام فى أنّ مقتضى صحيحه يونس: «أنّ اصحاب الكبائر يقتلون فى الثالثه إذا اقيم عليهم الحد مرتين»، وإذا بنى أنّ اقامه الحد يعمّ التعزير تعيّن الالتزام بقتل واطى ء البهيمه فى المره الثالثه بعد تعزيره بمرتين، بناءً على أن وطى ء البهيمه يدخل فى الكبائر ودخوله فيها لا يخلو عن تأمّل.

وقال: بعض الاصحاب: لا يثبت الاّ باربعه لأنّه زنا ولأنّ شهاده الواحد قذف ولا يندفع الحدّ الاّ بتكمله الاربعه، وهو اشبه. اماالاقرار فتابع للشهاده فمن اعتبر فى الشهود اربعه، اعتبر فى الاقرار مثله. و من اقتصر على شاهدين، قال فى الاقرار كذلك.[۱].

الشَرح:

[۱] قد تقدّم فى بحث الزنا أنّه لا فرق فى صدقه بين كون الاجنبيّه حيّه أو ميتّه، وما ورد فى عدم ثبوت الزنا إلّا بشهاده أربعه رجال أو نحوهم يعمّها.

وما يقال من أنّ الزنا بالحيّه يصدر ويوجد بفعل الاثنين، ولذا احتيج فى ثبوته الى شهاده اربعه رجال أو ماهو بمنزلها بخلاف الزنا بالميتّه، فانّه يتحقق بفعل الحيّ فيكفى فى ثبوته شهاده عدلين.

وفى خبر اسماعيل بن أبى حنيفه، عن أبى حنيفه، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان والزنا لا يجوز فيه إلّا اربعه شهود، والقتل أشدّ من الزنا، فقال: «لأن القتل فعل واحد والزنا فعلان، فمن ثمّ لا يجوز إلّا اربعه شهود على الرجل شاهدان وعلى المرأه شاهدان»(۱).

وفى خبر آخر عن أبى حنيفه، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : أيّهما أشد الزنا أم القتل، فقال: «القتل»، قال: قلت: فما بال القتل جاز فيه شاهدان ولا يجوز فى الزنا إلّا اربعه الى ان قال: فقال: «الزنا حدّان ولا يجوز إلّا ان يشهد كل اثنين على واحد لأنّ الرجل والمرأه جميعاً عليهما الحدّ»(۲).

لا يمكن المساعده عليه، لأنّ ثبوت الزنا يحتاج الى شهاده الاربعه ولو كانت المزنى بها مغمى عليهما أو فى النوم، والخبران ضعيفان سنداً، وعلى تقدير

ص :۴۰۰

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۱ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۰۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۱ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۲: ۱۰۳.

....

الشَرح:

صدورهما أو صدور أحدهما عن المعصوم عليه السلام ، فلابدّ من كون الوارد فيهما من قبيل الحكمه لا العلّه، أضف الى ذلك أنّ الحدّ فى الشهاده بالزنا لا يثبت على كلّ منهما دائماً.

وممّا ذكر ظهر أنّ الزنا بالميته لا يثبت بأقلّ من الاقرار بأربع مرات، وانّ كل اقرار بالزنا يحسب شهاده واحده، وممّا ذكرنا فيما تقدم فى بحث الزنا وأشرنا اليه فى المقام، من أنّه مع صدق الزنا على الزنا بالميته يعمّ ما ورد فى الزانى انّه يجلد مع عدم الاحصان ويرجم مع احصانه.

ويؤيّده ذلك روايه عبداللّه بن محمّد الجعفى، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل نبش امرأه فسلبها ثيابها ثمّ نكحها، قال: «حرمه الميت كحرمه الحىّ تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب، ويقام عليه الحدّ فى الزنا ان احصن رجم وان لم يكن احصن جلده مائه»(۱).

وفى مرسله ابن عمير عن بعض اصحابنا، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الذى يأتى المرأه وهى ميتّه، فقال: «وزره اعظم من ذلك الذى يأتيها وهى حيه»(۲).

وظاهر المرسله أنّ الزنا بالميتّه أشدّ حرمه واكثر ورزراً، وقد ادعى على ذلك تسالمهم، ولذا ذكر الماتن وغيره بل ادّعى عدم الخلاف فى أنّه يغلّظ فى اقامه الحد على الزانى، حتّى فيما كان الحد هو القتل، فيجرى التغليظ بالتعزير قبل القتل، ولكن فى استظهار التغليظ فى الحدّ من اكثريه الوزر وأشدّيه الغقاب الاخروى تأمّل.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب حد السرقه، الحديث ۲: ۵۱۱.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب نكاح البهائم، الحديث ۲: ۵۷۴.

مسألتان:

الاولی: من لاط بمیت کان کاللائط بالحیّ [۱]ویعزر تغلیظاً.

الشَرح:

وأمّا ما فی خبر النعمان بن عبدالسلام عن أبی حنیفه، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل زنی بمیتّه، قال: «لا حدّ علیه»(۱)، فلا یمکن رفع الید به عن اطلاقه الآیه، والرویات لضعفها سنداً ومعارضتها بما تقدّم مع ثبوت المرجّح له بموافقته للکتاب.

هذا کلّه بالاضافه الی الاجنبیه، وأمّا إذا وطأ زوجته المیتّه فلا یجری علیه حد الزنا، لزعم عامّه الناس بأنها بموتها لا تخرج عن الزوجیه فلا یکون زنا.

وعلی الجمله ما ورد فی الزنا ینصرف عن وطی ء زوجته المیته، نعم یحسب ذلک بنظرهم هتکاً وتعدّیاً، فیثبت فیه التعزیر.

[۱] قد ظهر ممّا تقدّم فی الزنا بالمیته وجه الحکم فی اللواط بالمیت، وأنّه کاللواط بالحیّ فی أنّه یثبت بشهاده أربعه رجال، ویحسب الاقرار به بمرّه شهاده واحد.

وما یظهر من صاحب الجواهر قدس سره من ثبوته بمشاهده رجلین کثبوت الاستمناء بشهادتهما لا یمکن المساعده علیه، وکذا فی کلام الماتن قدس سره من تغلیظ الحدّ، فانّه کما تقدّم فی الزنا من عدم استلزام أشدّیه الحرمه أشدیه الحدّ.

اللّهم إلّا ان یدّعی انّ اللائط بالمیت ارتکب محرّمین، أحدهما اللواط والآخر هتک المیت، ویرد علیه بأنّ اللاطی بالحیّ ایضاً قد یکون ارتکابه کذلک کما فی الاکراه علی اللواط، فانّ اللواط المزبور هتک للحیّ، فلابدّ من الالتزام بالتغلیظ، وقد لا یکون هتکاً للمیت کما إذا کان المیت کافراً.

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب نکاح البهائم، الحدیث ۲: ۵۷۴.

حکم الاستمناء

الثانیه: من استمنی بیده عزّر وتقدیره منوط بنظر الامام[۱]، وفی روایه: «ان علیاً علیه السلام ضرب یده حتی احمرت وزوّجه من بیت المال»، وهو تدبیر استصلحه لا انّه من اللوازم، ویثبت بشهاده عدلین والاقرار ولو مرّه، وقیل: لا یثبت بالمره، وهو وهم.

الشَرح:

[۱] الاستمناء، هو الفعل المقابل للجماع المقصود به الانزال، سواء کان بالید أو بغیرها من اعضائه أو عضو غیره ولا ینبغی التأمّل فی حرمه إذا کان الفعل بغیر عضو زوجته أو أمته حیث یحلّ الاستمناع بأعضائها بقصد الانزال وعدمه.

وفی موثقه عمّار بن موسی عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل ینکح بهیمه أو یدلک، قال: «کلّ ما انزال به الرجل مائه من هذا وشبه فهو زنا»(۱)، حیث انّه تنزل منزلته فی الاثم والحرمه.

وفی خبر زراره أنّ علیّاً علیه السلام أتی برجل عبث بذکره حتّی أنزل فضرب یده حتّی احمرّت، وقال: ولا اعمله إلّا انّ قال: «وزوّجه من بیت مال المسلمین»(۲)، وقد ورد هذا المضمون فی خبر طلحه بن زید(۳) ومرفوعه محمّد بن عیسی الاشعری عن أبی عبداللّه علیه السلام .

وفی مرسله العلاء بن رزین، عن رجل، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن الخضخضه، قال: «هی من الفواحش»(۴).

وفی خبر أبی بصیر، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام : «ثلاثه لا یکلّمهم اللّه یوم

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۶ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۱: ۲۶۴.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب النکاح البهائم، الحدیث ۲: ۵۷۵.

۳- (۳) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۸ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۳: ۲۶۷.

۴- (۴) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۸ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۵: ۲۶۷.

....

الشَرح:

القیامه ولا ینظر الیهم ولا یزکیهم ولهم عذاب ألیم: الناتف شیبته والناکح نفسه والمنکوح فی دبره»(۱).

وهـذه الروایـات وإن کان فی اسـنادها ضـعف ویشـتمل معه کخبر أبی بصـیر علی حرمه ما لا یمکن الالتزام بحرمته کنتف شـعر الشیبه، إلّا انّها تصلح لتأیید حرمه الاستمناء، ونحوه المستفاد من موثقه عمار.

وربمّـا یخطر بالبـال أنّ الموثقه لهـا معـارض والمعـارض صـحیحه ثعلبه بن میمون وحسـین بن زراره، قـال: سـألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل یعبث بیدیه حتّی ینزل، قال: «لا بأس ولم یبلغ به ذاک شیئاً»(۲).

ولکن لم یـذکر فی هذه الصـحیحه اللعب بیدیه ذکره، ولعلّ المراد العبث بیدیه زوجته أو أمته حتّی ینزل، ویتعیّن هذا الجمع بین الموثقه وبینها، لأنّه من نحو الجمع بین الاطلاق والتقیید.

۱- (۱) الوسائل: ۱۴، الباب ۲۸ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۷: ۲۶۷.

۲- (۲) الوسائل: ۱۴، الباب ۳ من أبواب النکاح المحرم، الحدیث ۳: ۵۷۵.

الباب الثالث

فی الدفاع.

مسائل تتعلق بالدفاع

للانسان أن يدفع عن نفسه وحريمه وماله ما استطاع[١]، ويجب اعتماد

الشَرح:

[١] لا خلاف فی جواز دفع العدوان عن نفسه وعرضه وماله، سواء كان رجلًا أو امراه، وهذا الدفاع أمر مشروع يجب فيما كان الدفاع عن نفسه وعرضه ويجوز فيما كان عن ماله، وفی صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: رسول اللّه صلی الله عليه و آله : «من قتل عند مظلمته فهو شهيد»(١).

وفی صحيحه أبی مريم، عن أبی جعفر عليه السلام ، قال: رسول اللّه صلی الله عليه و آله «من قتل دون مظلمته فهو شهيد»(٢).

ولا ينبغی التأمل فی أنه إذا توقّف التحفظ علی نفسه وحريمه علی الدفاع وجب لوجوب التحفظ، وإذا لم يتوقّف كما إذا حصل التحفظ بالهرب فلا يجب، ولا يجوز الهرب والفرار عن الزحف أو فيما كان الدفاع عن الحوزه الاسلاميه وبلاد المسلمين وعزّهم.

ومشروعيه الدفاع عن النفس والعرض والمال غير مشروط بالعلم بالسلامه، بل إذا احتمل التلف ولو بالدفاع عن ماله جاز، كما هو ظاهر قوله عليه السلام : «من قتل دون مظلمته فهو شهيد»، حيث لم يقيّد بما إذا لم يكن يحتمل القتل، وفی ذيل صحيحه أبی مريم،ثم قال: «يا أبا مريم هل تدری دون مظلمته»، قلت: فداك يقتل دون أهله ودون ماله واشباه ذلك، قال: «يا أبا مريم إنّ من الفقه عرفان الحق»، وظاهر قوله عليه السلام تقرير السائل فيما ذكره.

١- (١) الوسائل: ١١، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٩،٨.

٢- (٢) الوسائل: ١١، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث، ٩.

....

الشَرح:

وقـد ذكروا أنّ الـدفاع عن النفس واجب حتّى ما إذا لم يعلم بالسـلامه واحتمال تلف نفسه فى الـدفاع، بل مع العلم بالتلف ايضاً، فـانّه لا يجوز الاستسـلام بخلاف الـدفاع عن المال فانّ الـدفاع عنه غير واجب، نعم إذا كان المال بحيث يجب عليه حفظه فيجب الدفاع عنه مع الأمن على نفسه من التلف وإلّا فلا يجب.

وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقاتل دون ماله، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتـل دون ماله فهو بمنزله الشـهيد»، فقلت: أيقاتل أفضل أو لا يقاتل، فقال: «ان لم يقاتل فلا بأس، وأمّا انا لو كنت لم اقاتل وتركته»(۱)، فانّ ظاهرها عدم وجوب الدفاع عن المال وأنّه لا بأس بتركه حتّى مع الأمن على نفسه.

ولا يبعـد أن يقال بوجوب الـدفاع عن نفسه الغير ايضاً مع الأمن على نفسه، وكـذا عن مال الغير الـذى يقع فى الابتلاءوالحرج مع تلفه، وفى معتـبره السـكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن آبـائه، قـال: قـال رسول اللّه صـلى الله عليه و آله : «من سـمع رجلاًـ ينـادى ياللمسلمين فلم يجبه فليس بمسلم»(۲).

هـذا كلّه بالاضـافه الى الـدفاع عن نفسه ومـاله، وأمّـا الـدفاع عن الحريم والعرض، فهل يلحق بالـدفاع عن النفس أو بالـدفاع عن المـال، فقـد يقـال بلحوق الـدفاع عنهما بالـدفاع عن النفس، ولكن قـد اسـتظهر لحوقه بالـدفاع عن المال الـذى يجب على مالكه التحفظ عليه لتوقف اعانته عليه، ويستظهر عليها فى الزنا بها، ولعله يأتى الكلام فى ذلك ان شاء اللّه.

ص: ۴۰۶

۱- (۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۷ من أبواب الدفاع، الحديث ۱.

الاسـهل، فلو اندفع الخصم بالصياح اقتصر عليه[۱]، ان كان فی موضع يلحقه المنجـد، وان لم ينـدفع عول علی اليـد، فان لم تغن فبالعصا، فان لم يكف فبالسلاح، الشَرح:

[۱] ذكر جمله من الأصـحاب بـل المعروف بينهم أنّه يجوز الـدفاع أو يجب علی مـا مرّ، ويجب فيه ملاـحظه المراتب فی امكـان الـدفع، فان امكن الدفع بمرتبه أدنی، كما إذا كان الخصم يندفع بالصـياح لم يجز الضـرب، ومع وصول النوبه الی الضـرب يجب أن يلاحظ فيه مراتبه.

وقـد تقـدّم أنّ مـا ورد فی المحارب واللص والمطّلع علی داره مقتضاه عـدم لزوم رعايه المراتب، كمعتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه، انّه قال: «إذا دخل عليك رجل يريد أهلك ومالك فبدره بالضـربه إن اسـتطعت، فانّ اللص محارب للّه ولرسوله صلی الله عليه و آله فما تبعك منه شیء فهو علیّ»(۱).

ومعتبره الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام ، قال: «كان علی بن ابی طالب عليه السلام يقول: من دخل عليه لصّ فليبدره بالضربه فما تبعه من أثم فأنا شريكه فيه»(۲).

وفی صـحيحه الحلبی، عن أبی عبـداللّه عليه السـلام ، قـال: «ايّمـا رجل اطلع علی قوم فی دارهم لنيظر الی عوراتهم ففقؤا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم، وقال: من اعتدی فاعتدی عليه فلا قود له»(۳).

وصـحيحه محمّد بن مسـلم، عن أبی جعفر عليه السلام قال: «عوره المؤمن علی المؤمن حرام، وقال من اطلع علی مؤمن فی منزله فعيناه مباحه للمؤمن فی تلك

۱- (۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب حد المحارب، الحديث ۲: ۵۴۳.

۲- (۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱۷.

۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۷:۵۰.

ویذهب دم المدفوع هدراً جرحاً کان أو قتلاً[۱]، ویستوی فی تلک الحرّ والعبد.

ولو قتل الدافع کان کالشهید، ولا یبدئه ما لم یتحقق قصده إلیه[۲] وله دفعه ما

الشَرح:

الحال، ومن دمر علی مؤمن بغیر اذنه فدمه مباح للمؤمن فی تلک الحاله»(۱)، الی غیر ذلک.

نعم، لا یبعد الالتزام بأنّه إذا اندفع بغیر القتل لا یجوز القتل، کما یشیر الی ذلک ما ورد فی المطلع علی الغیر، کما یلتزم بأنّه إذا ضربه مرّه، بحیث لا یتمکّن معه من اضراره، فلا یجوز تکرار الضرب والجرح، حیث إن ظاهر الترخیص فی الروایات أنّه لدفع ضرره، وإذا اندفع بالمره الاولی یکون التکرار عدواناً، فلا یجوز ویضمن التعدی.

[۱] بلا خلاف یعرف، ویدلّ علیه جمله من الروایات کصحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «ایّما رجل قتله الحدّ فی القصاص فلا دیه له، وأیّما رجل عدا علی رجل لیضربه فدفع عن نفسه فجرحه أو قتله فلا شیء علیه، وأیّما رجل اطلع علی قوم فی دارهم لینظر الی عوراتهم ففقؤا عینیه أو جرحوه فلا دیه له، وقال: من بدأ فاعتدی فاعتدی علیه فلا قود له»(۲).

وصحیحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول فی رجل أراد امرأه علی نفسها حراماً فرمته بحجر فاصاب منه مقتلاً، قال: «لیس علیها شیء فیما بینها وبین اللّه عزّ وجلّ وان قدمت الی امام عادل اهدر دمه»(۳)، الی غیر ذلک.

[۲] ذکر ذلک فی کلام الاصحاب وأنّه إذا تحقق للشخص ان المدفوع یرید

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲:۵۰.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب القصاص النفس، الحدیث ۱: ۴۲.

۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۳ من أبواب القصاص النفس، الحدیث ۱: ۴۴.

دام مقبلاً، ويتعيّن الكف مع ادباره، ولو ضربه فعطّله لم يذفف عليه لاندفاع ضرره.

الشَرح:

نفسه أو ماله أو عرضه جاز له أن يبدره ويدفع عن نفسه وعرضه وماله ضرره، وإذا لم يتحقّق ذلك فلا يجوز له المبادئه، لأنّ الموجب للجواز عنوان الدفاع عن النفس أو العرض أو المال فمع عدم قصد المدفوع التعدى عليه لا يصدق عنوان الدفاع، بل ذكر بعضهم ككاشف اللثام لا يجوز شيء ممّا ذكر حتّى مع احراز ان قصده التعدى اذا احرز الشخص انّه غير متمكّن من التعدى عليه لوجود حائل من نهر أو حائط أو حصن أو قفل باب ونحو ذلك.

وفى المعتبره المتقدمه: «إذا دخل عليك رجل يريد أهلك ومالك فابدره بالضربه إن استطعت، فان الص محارب للّه ولرسوله».

نعم، مقتضاها كمقتضى غيرها انّه لا يعتبر مع قصده التعدى العلم، بأنّه ان لم يبدره لنال منه أو من اهله وماله بل يكفى فى ذلك احتمال نيله، ومع ذلك لا يبعد عدم اعتبار احراز قصد التعدى فيما إذا كان المدفوع لصّاً أو محارباً لبعض الاطلاعات المشار اليها.

وعلى كلّ تقدير فللمالك أن يمنع عن الدخول الى داره، فانّ الدخول فيها نفسه تعدّو عدوان، إلّا إذا احرز أنّه مضطر الى الدخول لخوفه من سبع أو محارب أو سارق، حيث لا يكون دخوله فيها عدواناً.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ مع ادبار لا يكون ضربه أو جرحه أو قتله دفاعاً، ولو ضربه وعطّله بحيث لا يتمكّن من اضراره لا يجوز ان يدنف عليه أى يجهّز عليه، ويترتّب انّه لو ضربه مقبلاً فقطع يده فلا ضمان على الضارب لا فى قطعه ولا فى سرايه جرحه بكونه للدفاع، ولكن لو ولّى فضربه ثانياً وقطع يده الاخرى تكون الثانيه مضمونه لأنّها عدوان.

ولو ضربه مقبلاً فقطع يده فلا ضمان على الضارب فى الجرح ولا فى السرايه، ولو ولى فضربه اخرى فالثانيه مضمونه، فان اندملت فالقصاص فى الثانيه ولو اندملت الاولى وسرت الثانيه ثبت القصاص فى النفس، ولو سرتا فالّذى يقتضيه المذهب ثبوت القصاص بعد ردّ نصف الديه[۱].

ولو قطع يده مقبلاً ورجله مدبراً ثم يده مقبلاً ثم سرى الجميع، قال فى المبسوط: عليه ثلث الديه إن تراضيا بالديه وان اراد الولى القصاص جاز بعد ردّ ثلثى الديه، وأمّا لو قطع يده ثم رجله مقبلاً ويده الاخرى مدبراً وسرى الجميع فان توافقا على الديه فنصف الديه وان طلب القصاص ردّ نصف الديه، والفرق أنّ الجرحين هنا تواليا فجرى مجرى الجرح الواحد وليس كذلك فى الاولى.

وفى الفرق عندى ضعف والاقرب أنّ الاولى كالثانيه، لان جنايه الطرف يسقط اعتبارها مع السرايه، كما لو قطع يده وأخر رجله ثم قطع الأوّل يده الاخرى فمع السرايه هما سواء فى القصاص والديه.

الشَرح:

وعلى ذلك فان اندملت الثانيه فالقصاص على الضارب فى القطع الثانى، ولو اندملت الاولى ولم تندمل الثانيه بل سرت ومات المقطوع ثبت على الضارب القصاص فى النفس، على ما تقدّم فى بحث سرايه الجرح.

ولكن المحكى عن الشيخ سقوط السرايه عن الحكم، بل يتعلّق بالضارب المزبور القصاص فى قطع يده أو يأخذ المقطوع نصف الديه يعنى ديه يده المقطوعه ثانياً، وما ذكر قدس سره خلاف ما بنوا عليه الاصحاب، أى المشهور انّ الجرح إذا سرى يسقط عن الحكم ويثبت قصاص النفس.

[۱] ما ذكر الماتن قدس سره مبنى على القاعده المذكوره فى القتل، من أنّه إذا استند الى سببين، أحدهما مضمون والاخر غير مضمون، يثبت لاولياء المقتول حق

....

الشَرح:

القصاص من القاتل بعد ردّ نصف الديه عليه، ولكن ما تقدّم عن الشيخ قدس سره من سقوط حكم السرايه فى الفرض ثبوت القصاص فى اليد المقطوعه ثانيه أو أخذ نصف الديه.

ثم نقل الماتن قدس سره عن الشيخ قدس سره فرعين ذكرهما فى المبسوط.

الاوّل: أنّه لو قطع يده مقبلًا ورجله مدبراً ثمّ يده مقبلًا ثمّ سرى الجميع أنّ على القاطع ثلث الديه أن تراضيا على الديه، وان اراد الولى القصاص جاز بعد ردّ ثلثى الديه على القاطع.

أقول: وكأنّ الديه توزع على عدد الجنايه والفرض أنّ الاثنين منها غير مضمونان، ولكن مقتضى ما تقدم منه قدس سره من سقوط حكم السرايه أن يكون على القاطع القصاص فى الرجل أو أخذ نصف الديه أو ثلثها.

والثانى: إذا قطع الدافع يده الاخرى فى حال ادباره وسرى الجميع، فان توافقا على الديه فعلى القاطع نصف الديه للنفس، وإن أراد اولياء المدفوع القصاص ردّوا على الدافع نصف الديه.

وذكر فى الفرق بين الفرعين أنّ الجرح غير المضمون على الدافع فى الاول اثنان والمضمون جرح واحد، حيث إنّ الفصل بين الجرحين الاول والثالث بالجرح المضمون يوجب تقسيط الديه الى الاسباب الثلاثه بخلاف الفرع الثانى، حيق إنّ الجرحين غير المضمونين حيث تعاقباً يعدّان جرحاً واحداً فيكون المضمون واحدً وغير المضمون واحداً فيقسط الديه بالمناصفه.

ولكن لا يخفى أنّ عدّ الجرحين واحداً أو متعدداً انّما هو فى فرض الاندمال، وأمّا مع السرايه فيسقط حكم الجرح فان استند القتل الى سبب مضمون أو غير

مسائل من هذا الباب.

الاولی: لو وجد مع زوجته أو مملوكته أو غلامه من ينال دون الجماع فله دفعه، وان أتی الدفع عليه فهو هدر.

الشَرح:

مضـمون أو الی شخصـين يقسط الثمن عليهما كان الجرح واحداً أو متعدداً، وعليه يكون فی الفرعين علی الدافع نصف الديه مع مطالبتها أو القصاص مع ردّ نصف الديه عليه، علی ما اشرنا اليه من القاعده.

وهـذا بنـاء علی مـا تقـدّم من جواز الـدفاع أو وجوبه عن عرضه، سواء كان من ينال منهم بنحو القهر ولاكراه عليهم أو بغيره، ولو ادّی الـدفع الی قتل المعتـدی كان دمه هـدراً إذا توقف الدفع، عليه علی ما تقدّم، والتقييد بغير الجماع لما تقدّم من أن المشـهور علی جواز القتل عنده.

نعـم، لـو كـان ذلـک بغير زوجتـه وأمته وغير ولـده وبنته وسـائر ارحـامه ممّن يحسب التعـدی عليه من التعـدی علی عرضه، ففی الالتزام بوجوبه بل جوازه حتّی ما لو أدّی الـدفع الی جرح المتعدی أو قتله تأمّل، ولكن الاظهر الجواز بل الوجوب إذا انطبق عليه عنوان الدفاع عن عرض المؤمن، كما إذا اسـتغاث صاحب العرض، كما هو مقتضـی قوله عليه السـلام : «من سمع منادياً ينادی يا للمسلمين فلم يجبه فليس بمسلم»، وعونک الضعيف من افضل الصدقه.

نعم، هـذا مع الظنّ بالسـلامه، وإذا لـم يصـدق عليه عنوان الدفاع عن عرض المؤمن، كما إذا كان النيل بغير الاكراه والقهر، فجواز القتل بل ما دونه من الجرح فضلاً عن وجوبه لم يثبت، حيث إنّ الفرض يدخل فی عنوان منع الغير عن المنكر، فجواره بأیّ مرتبه من كلّ احد فضلاً عن وجوبه لا دليل عليه.

وعلی الجمله، لا تأمّل فی جواز دفاع المكلف عن عرضه بل عرض اخيه

ص :۴۱۲

الثـانيه: من اطلع على قوم فلهم زجره[۱]، فلو اصـرّ فرموه بحصـاه أو عود فجنى ذلـك عليه كانت الجنايه هـدراً، ولو بادر من غير زجر ضمن، ولو كان المطلع الشَرح:

المؤمن، فانّ الدفاع عن المال إذا كان أمراً جائزاً يكون الدفاع عن العرض اولى بالجواز، بل ذكرنا وجوب ذلك مع ظنّ السـلامه حتّى إذا كـان العرض عرض اخيه المؤمن، مع أنّ قوله عليه السـلام : «من قتل دون مظلمته فهو شـهيد»، يشـتمل دفاع الانسان عن عرضه ولو مع احتمال تلفه، فيكون مقتضـى الشـمول جوازه، كما يكون مقتضـى ما ورد فى هدر دم المعتدى عدم ضمان الدافع، والتعدى على العرض المفروض فى المقام أشدّ من التعدى فى الاطلاع على داره الوارد فيه جواز الدفاع ونفى الضمان.

ولكن هـذا كلّه بينه وبين ربّه، وأمّا إذا ادّعى ورثه المدفوع قتل مورّثهم عدواناً أو ادّعى المدفوع الحنايه عليه عدواناً، فعلى الدافع اثبـات ان القتـل أو الجرح كـان دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله أو إجابه لـدعوه أخيه المظلوم الى الـدفعاع عن عرضه أو نفسه، ومع عدم تمكّنه من الاثبات بوجه يكون عليه القصاص كما هو ميزان القضاء فى المراقبات.

[۱] زجره فيمـا احتمـل أنّ اطّلاعه ليس لغرض التتبّع من عوراتهم أمر لازم، وأمّا إذا أحرز أنّ غرضه التتبع منها فلان الزجر أدنى مرتبه من الدفاع عن العرض ولو اصـرّ بعد ذلك فجواز الرمى بحصاه أو عود أو غيرهما مع اختيار الاسـهل فالاسهل بلا كلام فان اتفق بـذلك الجنـايه عليه كانت الحنايه هـدراً، وقـد تقـدّم أنّ مقتضـى الاطلاق فى بعض الروايات عـدم لزوم رعايه الترتيب بين الاسهل فالاسهل، كما فى الدفاع عن تعدّى المحارب واللصّ.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام ،قال: «عوره المؤمن على

....

الشَرح:

المؤمن حرام، ومن اطّلع على المؤمن فى منزله فعيناه مباحه للمؤمن فى تلك الحال، ومن دمر على مؤمن بغير اذنه فدمه مباح للمؤمن فى تلك الحال»(۱).

وفى موثقه عبيد بن زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «اطلع رجل على النبى من الجريد، فقال له النبى صلى الله عليه و آله : لو أعلم انّك تثبت لى لقمت اليك بالمشقص حتّى افقأ به عينك، قال: فقلت له: وذاك لنا، فقال: ويحك أو ويلك، اقول لك: ان رسول اللّه صلى الله عليه و آله فعل وتقول ذاك لنا»(۲).

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «ايّما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم ففقؤا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم، ومن اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له»(۳).

وأمّا ما ورد فيه جواز قتله، وهو خبر العلاء بن الفيصيل، عن أبى عبداللّه ، قال: «إذا اطلع رجل على قوم يشرف عليهم أو ينظر من خلل شىء لهم فرموه، فاصبوه فقتلوه، أو فقؤا عينه فليس عليهم غرم»(۴)، لضعف سنده لا يمكن الاعتماد عليه، فانّ فى سنده محمّد بن سنان.

وأمّا ما ذكر الماتن قدس سره من أنّه لو بادره من غير زجر ضمن، فللدعوى انصراف الاخبار المتقدمه من المبادره من غير زجر، وقد تقدّم أنّ الزجر والانذار إذا احتمل أنّ اطّلاعه لغرض آخر غير تتبع عورات اهل الدار قطعى لغفله اكثر الناس عن

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۲: ۴۹.

۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۴: ۴۹.

۳- (۳) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۷: ۵۰.

۴- (۴) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۶: ۵۰.

رحماً لنساء صاحب المنزل اقتصر على زجره، ولو رماه والحال هذه فجنى عليه ضمن[۱]، ولو كان من النساء مجرّده جاز زجره ورميه، لأنّه ليس للمحرم هذاالاطلاع.

الثالثه: لو قتله فى منزله فادّعى أنّه اراد نفسه أو ماله وانكر الوارثه فاقام هو البيّنه أنّ الداخل عليه كان ذا سيف مشهور مقبلاً على صاحب المنزل، كان ذلك علامه قاضيه برجحان قول القاتل[۲]، ويسقط الضمان.

الشَرح:

حرمه هذا الاطلاع، ولو جاز فقأ العيون بمجرد الاطلاع لم يبق لكثير من الناس عيونهم، وقد تقدّم فى صحيحه الحلبى تقييد الاطلاع على قوم لينظر الى عوراتهم، ولقوله صلى الله عليه و آله للمطلع عليه: «لو اعلم انّك تثبت لى لقمت اليك باليشقص».

وأمّا إذا أحرز الغرض وانّ اطلاعه عليهم لتتبع عوراتهم، فالوجه فى اعتبار الزّجر فى رميه بحجر ونحوه دعوى انصراف الاخبار الى صوره الاستمرار عليه بعد زجره، ولو بارتكابه قرينيه، ولقد أعذر من أنذر.

[۱] وممّا ذكر يظهر الحال إذا كان المطلّع رحماً لنساء أهل المنزل، فانّه يقتصر على زجره ولو رماه والحال هذه ضمن، لانصراف الاخبار الوارده عن اطلاعه على محارمه، إلاّ إذا كان الحال بحيث لا يجوز للمحرم ايضاً النظر، بحيث يكون رميه بعد زجره دفاعاً عن العرض ومنعه عن التلذذ والريبه أو النظر الى عين العوره.

[۲] وقد يعللّ ذلك بأنّ علم الشاهد بقصد الداخل التعدى والقتل مما يتعذر غالباً، فيكفى فيه بالقرائن الحاليه، وشهر الداخل سلاحه مقبلاً قرينه على قصد التعدى.

أقول: الظاهر أنّ هذا الفعل نفسه موجب لهدر دم الداخل، حتّى وان لم يعلم

الرابعه: للانسان دفع الدابه الصائله عن نفسه، فلو تلفت بالدفع فلا ضمان[۱].

الشَرح:

صاحب المنزل قصـد الداخل قتله، بأن كان ذلک محتملاً عنده، بحيث لم يبادر الى قتله لا يتمكن بعده من الدفاع عن نفسه، فانّ هذا هو القدر المتيقن من قوله عليه السـلام فى معتبره السـكونى، عن جعفر، عن آبائه، قال: قال: رسول اللّه صـلى الله عليه و آله : «من شهر سيفاً فدمه هدر»(۱).

وعلى ذلک فان اقيمت البينّه بـدخوله دار الغير شاهراً سـلاحه، فلورثه المقتول على القاتل يعنى صاحب الـدار دعوى علمه بعـدم قصد الداخل التعدى والقتل، وإذا حلف على عدم علمه سقط دعوى القصاص عليه ويحكم بهدر دم الداخل.

وأمّا إذا لم تقم البينّه على دخول داره كذلک ولا بنحو التعدى، فعلى صاحب الدار اثبات دخوله على نحو التعدى، وأنّ قتله كان دفاعاً عن عرضه أو نفسه أو ماله.

ويمكن الاسـتدلال على ذلک بصـحيحه داود بن فرقـد، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام ، قال: «سألنى داود بن على عن رجل كان يأتى بيت رجل فنهاه أن يأتى بيته فأبى أن يفعل فذهب الى السـلطان، فقال السـلطان: ان فعل فاقتله، قال: فقتله فماترى فيه، فقلت: أرى ان لا يقتله انّه ان اسـتقام هـذا ثم شاء أن يقول كلّ انسان لعدّوه دخل بيتى فقتلته»(۲)، فانّ ظاهرها أنّ مع عدم ثبوت دعوى القاتل الدفاع عن عرضه يتعلّق به القود.

[۱] هذا إذا توقف الدفع عليه بحيث لا يمكن الفرار منها، وليست الدّابه كمن

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۷: ۴۴.
۲- (۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۶۹ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۳:۱۰۲.

الخامسه: لو عضّ على يد انسان فانتزع المعضوض يده فندرت اسنان العاضّ كانت هدراً[۱]، ولو عدل الى تخليص نفسه بلكمه أو جرحه ان تعذّر التخلّص بالاخفّ جاز، وان تعذّر جاز أن يبعجه بسكين أو خنجر، ومتى قدر على التخلص بالاسهل فتخطّى الى الاشق ضمن.

الشَرح:

يدخل على الغير للتعدى عليه، وقد تقدّم جواز الدفاع حتّى مع التمكن من الفرار، حيث انّ الدابه لا يعدّ تعدياً كتعدى الانسان على غيره.

ويمكن الاستدلال على عدم الضمان بصحيحه معلّى بن عثمان، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل غشيه رجل على دابه فأراد أن يطأه، فزجر الدابه فنفرت بصاحبها فطرحته، وكان جراحه أو غيرها، فقال: «ليس عليه ضمان وانما زجر عن نفسه وهى الجبار»(۱).

فانّه إذا لم يكن الضمان بالاضافه الى ما يصيب راكب الدابه فبالاضافه الى الدابه بالاولويه، كما هو مقتضى التعليل ايضاً.

[۱] هذا ايضاً يدخل فيما تقدم من جواز الدفاع عن النفس وأنّ الدفاع إذا أدى الى اصابه المتعدى يكون ما يصيبه هدراً، ولذا لو كان الأمر بالعكس، بان كان المعضوض هو الظالم وقد عضّه المظلوم ليرفع الظالم يده عنه فانتزع المعضوض يده فسقط اسنان العاض ضمن المعضوض، كسائر الجنايه التى يوردها الظالم على الدافع عن نفسه وعرضه وماله.

ولو اعتمد المعضوض فى تخليص نفسه عن العاض الظالم على لكمه، وهو الضرب باليد مع جمع الاصابع فى الكف، ومنه الملاكمه المعروفه، أو على جرحه، فمع تعذّر التخلصّ بغيرهما من الاسهل جاز، وكذا لو توقّف التخلّص عنه

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۱: ۲۰۶.

السادسه: الزحفان العاديان يضمن كلّ منهما كلّ منهما ما يجنيه على الآخر[۱]، ولو كفّ أحدهما فصال الآخر فقصد الكاف الدفع لم يكن عليه ضمان إذا اقتصر على ما يحصل به الدفع والآخر يضمن، ولو تجارح أثنان وادعى كل منهما الدفع عن نفسه حلف المنكر وضمن الجارح[۲].

الشَرح:

على بعج العاضّ بسكين أو خنجر أى شقّ بطنه أو غيره بهما جاز ولا ضمان.

نعم، مهما أمكن التخلّص بالأسهل وتجاوز بأن اختار الاشقّ ضمن الجنايه، ومع عدم التفاته، الى الأسهل، فالضمان بالاضافه الى الديه خاصه، ولا يثبت للمتعدّى القصاص، لأنّ جنايه الدافع مع عدم التفاته الى الأسهل خطأ.

بل يمكن القول بعدم ضمان الديه ايضاً إذا كان الدفع بما اختاره أمراً متعارفاً فى الدفاع عن العاضّ، حيث إنّ الظالم سقط احترامه بالاضافه الى ما يصيبه عاده عضه الآخر عدواناً، كما يقتضيه ما دلّ على مشروعيه الدفاع عن النفس والمال والعرض، فانّ منصرفه الدفاع المتعارف وما يختار عاده فى دفع اعتدائه.

[۱] لأنّ كلًّا منهما متعدّ على الآخر فيحسب ما يورد على الآخر من التلف جنايه مضمونه، لعدم انطباق الدفاع على تعدّى كل منهما، وقد تقدم فى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام قال: قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من شهر سيفاً فدمه هدر»(۱)، والمفروض كون كلّ منهما كذلك.

نعم، لو كفّ أحدهما فصال الآخر لا يكون على الكّاف ضمان بعد كفّه، إذا كان قصده الدفاع بخلاف الآخر الصّال، فان جنايته تحسب تعدّياً.

[۲] وذلك لأنّ الجنايه على الغير مضمونه إلّا إذا وقعت دفاعاً، والجنايه فى الفرض محرزه، والاصل عدم كونها للدفاع فيحسب قول كلّ منهما أنّ جنايه كانت

۱- (۱) الوسائل: ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص النفس، الحديث ۷: ۴۴.

....

الشَرح:

دفاعاً من الدعوى على خصـمه، وحلف خصـمه بأنّ جنايته لم تكن دفاعاً من حلف المنكر على نفى الدعوى فتكون نتيجه حلف كلّ منهما على نفى دعوى الآخر ثبوت الضمان على كلّ منهما فى جنايته، إذا لم تكن لهما بينه على دعواهما كما هو الفرض.

وعلى ذلك فمع حلفهما يثبت على كلّ منهما الضمان فى جنايه على الآخر، فان تماثلت الجنايتان تهاترتا، وان اختلفتا ضمن كلّ منهما الجنايه على الآخر، فان حلف احدهما ونكل الآخر قيل: يسـقط الضـمان عن الحالف ويثبت على الناكح ضمان جنايه على الحالف، كما أنّه إذا نكلا يثبت الضمان على كل منهما، وقيل: انّه مع حلفهما يسقط الضمان عن كل منهما.

ولكن ظهر ممّا ذكرنا أنّ الحلف فى المقام من حلف المنكر على نفى دعوى المدّعى، حيث انّ ضـمان كل منهما للآخر مقتضى الاصل، فيكون قول كلّ منهما كنت دافعاً عن نفسى من الـدعوى على الآخر لكونه مخالفاً للاصل، وإذا لم تقم البيّنه على دعواه يكون حلف الآخر على نفى دعواه من حلف المنكر لا من حلف المـدعى على ثبوت دعواه نظير اليمين المردوده، ولذا يثبت مع حلفهما ضمان كل منهما الحنايه على خصمه.

ايضاً يظهر أنّ سـقوط الضـمان عن الحـالف وثبـوته على الناكـل مبنىّ على أنّ مجرّد نكـول المنكر عن اليمين على نفى دعـوى المدعى يثبت الدعوى لمدعيه، وإلاّ يحتاج سـقوط الضـمان عن الحالف الى اليمين المردوده، بأن يحلف ثانياً أنّ جرحه حصـمه كـان للـدفاع عن نفسه، كمـا يظهر أنّ مـع نكـول كـل منهمـا عن الحلف بنفى دعوى خصـمه وعن الحلف بـدعواه يوجب ثبوت الضمان لسقوط الدعوى

ص :۴۱۹

السابعه: إذا أمره الامام بالصعود الى نخله أو النزول الى بئر فمات، فان اكرهه قيل: كان ضامناً لديته[١]، وفى هذا الفرض منافاه للمذهب ويتقدّر فى نائبه، ولو كان ذلك لمصلحه عامّه كانت الديه فى بيت المال، وان لم يكرهه فلا ديه أصلاً.

الشَرح:

منهما بالامتناع عن اليمين المردوده.

[١] ذكر فى بعض الكلمات أنّه إذا أمر الإمام احداً بالصعود الى نخله أو النزول الى بئر فمات ذلك الشخص بالصعود اليها أو بالنزول الى البئر، فان كان فى البين مجرّد الأمر فلا ضمان على الإمام، ولا على بيت المال لكون صعوده أو نزوله كان باختيار نفسه، وأمّا إذا كان بنحو الاكراه عليه كان الإمام ضامناً لديته، لأنّ الاكراه على فعل يتّفق به موت المكره بالفتح من موجبات ضمان الديه على المكره بالكسير .

وذكر الماتن قدس سره أنّ هذا الفرض ينافى المذهب، حيث إنّ الإمام المعصوم لا يأمر من لا يتمكّن على الصعود أو النزول، ويترتب عليه موته فضلاً عن الاكراه عليه.

أقول: المتعيّن الاعراض عن فرضه فى الامام المعصوم حتّى مع امكان فرض الإمر منه، كما إذا فرض أنّ السائرين كانوا يمتنعون عن الصعود أو النزول، لو لا الأمر به، حيث كان ابنه عليه السلام او اخاه فأمره مع علمه بالحال، حتّى ينبعث سائر الناس الى الصعود أو النزول لمصلحه ملزمه للمسلمين كالاشراف على عدوهم أو تهيئه الماء للعسكر لتقوّيهم على القتال ونحو ذلك، والوجه فى تعيّن الاعراض أنّ الامام عليه السلام عالم بواقع أمره وبوظيفته فى أمره واكراهه.

نعم، ينبغى الكلام فيمن يتصدى لأمر الدفاع، فانّ الأمر والاكراه يتصوّر منه مع عدم علمه بواقع الحال، وينبغى أن يقال: انّه لو لم يكن فى البين إلّا الأمر

حكم ما لو أدّب زوجته تأديباً مشروعاً فماتت

الثامنه: إذا أدبّ زوجته تاديباً مشروعاً فماتت، قال الشيخ: عليه ديتها لأنّه مشروط بالسلامه[۱]، وفيه تردّد، لأنّه من جمله التعزيرات السايغه، ولو ضرب الصبى أبوه أو جدّه لأبيه فمات فعليه ديته فى ماله.

الشَرح:

والنهى يكون صعود المالك ونزوله باختياره، فلا يتحقّق التسبيب خصوصاً مع احتماله عدم التمكن على الصعود أو النزول، وان اكرهه وكان اكراهه لمصلحه عامه يجب رعايتها يكون ديته على بيت المال، حيث إنّ التسبيب الى هلاكه كان خطأ وبما أنّه كان لرعايه المصلحه العامه تكون الديه على بيت المال، وهذا فيما كان تصدّيه لأمر الدفاع شرعياً وإلاّ كان الديه عليه.

[۱] لا ينبغى التأمّل فى أنّ الضرب بعنوان التأديب غير الضرب بعنوان التعزير والحدّ، فانّ التأديب فعل ما يترتّب عليه ارتداع المضروب عمّا فعل ولو كان ترتباً رجائياً بحيث يرجى عدم انقداح ارادته بالتكرار، فمع موت المضروب لا ينطبق على ضربه عنوان التأديب، حيث انّه فرع حياته بعد الضرب، غايه الأمر بما أنّ الضارب لم يكن قصده قتله ولم يضرب بضرب قاتله بل ترتّب عليه الموت اتفاقاً يحسب القتل غير عمدى فعليه الديه فى ماله.

نعم، لو كان الضرب بعنوان الحد والتعزير، وكان للضارب الولايه على ذلك فترتّب الهلاك على اجرائهما لا يوجب الضمان، فانّ من قتله الحدّ والتعزير دمه هدر على ما تقدّم، وعلى ذلك فمع ترتب الهلاك اتفاقاً على ضرب الطفل يثبت على ضاربه ديه النفس، كذا إذا افسد الضرب سلامه الطفل بأن اوجب نقصاً فيه.

والمشهور عند جماعه من الاصحاب على المنسوب اليهم أنّ ضرب الولى أو المأذون من قبله الطفل إن كان موجباً لما فيه الديه فى غير الضرب للتأديب تثبت الديه فى ضربه للتأديب ايضاً، وإنّما الفرق بين الضربين فى الجواز وعدمه

....

الشَرح:

فلاـ يجوز الضرب لغير تـأديبه ولو من وليّه، ويجوز ضـربه للتـأديب من وليّه أو المـأذن من قبله، ولكن هـذا محلّ تأمّل فيما كان الضـرب من الـولى ومـأذونه بالمقـدار المراعى فيه تـأديبه ملازمـاً له، حيث إنّ الـديه عوض الجنـايه والضـرب المزبور المفروض جوازه وبعنوان تأديبه لا يعدّ جنايه على الطفل.

ثم إنّه يقع الكلاـم فى ضـرب الزوجه لنشوزهـا، هـل هو بعنوان التـأديب كمـا فى ضـرب الصبى، أو بعنوان التعزير، اعطى الولايه بتعزيرها للزوج من نشوزها، وظاهر الماتن قدس سره أنّه من التعزير، حيث أورد على الشيخ قدس سره فى ضمان الزوج ديتها إذا اتفق موتها بالضرب بأنّ ضرب الزوج من التعزيرات المشروعه، ولكنّ الاظهر أنّه بعنوان التأديب، لظهور الآيه المباركه الوارد فيها الترخيص فى ضـربهنّ فى أنّه لتاديبهنّ، بقرينه الأمر بوعظهنّ وهجرانهنّ فى المضاجع والنهى عن البغى عليهنّ بعـد رجوعهنّ الى الطاعه.

على الجمله انطبـاق التـأديب على التعزير بعضـاً غير قابـل للانكـار لأنّهمـا ليسـا من العنـاوين المتضاده، كما أنّهما ليسا بمرادفين، والضـرب إذا كان ثبوته بعنوان الحـد أو التعزير فلا ضـمان فيه، ويـذهب دم من اتفق موته باحـدهما هـدراً، بخلاف ماكان ثبوته بعنوان التأديب فانّ فيه ضـمان كما تقـدم، واطلاق الأدب على التعزير فى بعض الموارد باعتبار التعاقب والعنايه لا يوجب كونهما بمعنى واحد.

ثم انّ ظـاهر المتن كغيره أنّ ضـرب الزوجه لنشوزهـا باتّفـاق موتها لا يخرج عن الجواز، نظير اتفاق الموت باقامه الحـد والتعزير، ولكن الالتزام بالجواز مع اتفاقه إذا كان بعنوان التأديب كما ذكرنا محل تأمّل، وكـذا الحال فى ضـرب الطفل للتأديب، فلا يجوز الضرب بنحو يحتمل ترتّب الموت عليه، بل الجائز ما أحرز

ص :۴۲۲

حكم من كانت به سلعه فأمر بقطعها فمات

التاسعه: من به سلعه إذا أمر بقطعها فمات بذلك فلا ديه على القاطع، ولو كان مولى عليه فالديه على القاطع ان كان ولياً كالاب والجد للاب، وان كان اجنبياً ففى القود تردد، والاشبه الّديه فى ماله لا القود، لأنّه لم يقصد القتل[١].

الشَرح:

بوجه معتبر عدم ترتّب هلاك المضروب.

[١] قد يقال بعدم ضمان من قطع السلعه أى العقده المتكوّنه فى رأس انسان أو سائر جسده، إذا أمره بالقطع من به السلعه فاتّفق موته بقطعها، لأنّ القاطع كان محسناً ولا ضمان على المحسن، وفيه مع ترتّب هلاكه على قطعها لا يدخل القطع فى الاحسان ليدّعى نفى الضمان لنفى السبيل على المحسن، نعم قاصد السلعه قصد الاحسان لا القتل ولم يكن قطعها مما يترتّب عليه الهلاك عاده فيكون القتل خطأ شبه العمد.

وربما يقال: أنّ أمر من به سلعه الغير بقطعها يوجب جواز القطع، ونفى الضمان، لأنّ الآمر يأمر بما يحتمل اتفاق موته به، ولكن لا يخفى غايه الأمر جواز الفعل لا نفى الضمان عن الموت المترتّب عليه بنحو الاتفاق.

وانتفاء الضمان يحتاج الى أخذ البراءه ممّن به السلعه، وإذا أخذ القاطع البراءه من اتفاق الموت، نظير أخذ الطبيب البراءه من الضمان عن الولى يمكن ان يقال بانتفاء الضمان لأنّ الولى الوارد فى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه» يعمّ نفس المريض أو من به السلعه، فانّ الشخص مع عدم قصوره بالصغر أو المجنون أو الاغماء وليّ نفسه.

وربّما ادّعى استفاده نفى الضمان بأمره بالقطع من صحيحه زيد الشحام، حيث ورد فيها: «من كانت عنده امانه فليؤدّها الى من ائتمنه عليها فانّه لا يحلّ دم امرى ء مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه»، والوجه فى هذه الدعوى زعم رجوع

....

الشَرح:

الاستثناء الی حلّ الدم وحلّ المال، وانّ المراد من حلّ الدم مثل هذا الأمر، ولکن لایخفی رجوع الاستثناء الی عدم حلّ المال بل فی المال ایضاً لا یرتفع الضمان بمجرّد طیب النفس بالتصرف مطلقاً.

نعم لا موجب للضمان فی الامساک بالامانه المالکیه بطیب نفس المالک به کما هو مورد الروایه، کما لا یحلّ التصرف بطیب نفس المالک إذا طاب نفسه فی التصرف غیر المشروع فی المال کطیب نفسه بوطی ء الآخر بهیمته، وعلیه فلا مورد لتوهّم الصحیحه بنفوذ رضا انسان واذنه للغیر فی قطع عضوه کاحدی عینیه أو کلیتیه للترقیع للمریض، کما قد یتوهّمه بعض من یدّعی الفقاهه.

وممّا ذکرنا یظهر أنّه لو کان من به السلعه مولی علیه لصغره أو حنونه فقطع ولیّه کالأب والجد للأب السلعه فاتفق موته فیضمن الولی دیته، لأنّ غایه الأمر أن یقال بجواز الفعل علی الولی والجواز لا یرفع الضمان ولا یقاس بجواز التعزیر واقامه الحدّ.

وامّا إذا قطعها الأجنبی ومن لیس له الولایه علیه لا بالاضافه ولا بالاستئذان، فقد ذکر جماعه أنّ علی القاطع القود إذا اتفق موته بذلک لحرمه الفعل علیه، ولکن الصحیح أنّ القاطع علیه الدیه لعدم موجب للقصاص، حیث إنّ القاطع لم یقصد قتله ولا یکون قطعها مما یقتل به.

لا یقال: المشهور عند الاصحاب أنّ الجارح متعمداً یثبت علیه القصاص حتّی ما إذا کانت سرایه الجرح اتفاقیاً کما علیه الماتن ایضاً، کما یأتی فی بحث القصاص فی موجباته، وعلیه فالمفروض فی المقام من سرایه الجرح.

فانّه یقال: القصاص فی سرایه الجرح حتّی فیما کانت أمراً اتفاقیاً ما إذا کان

....

الشَرح:

الجرح بقصد الجنايه لا بعنوان الاحسان أو العلاج، والمقام من قبيل الثانى.

نعم التعليل فى عباره الماتن: «الاشبه الديه فى ماله لا القود لأنّه لم يقصد القتل» عليل، حيث اشرنا الى انّه لا يعتبر فى القصاص من سرايه الجرح كونه بقصد القتل حتّى فيما كانت سرايته أمراً اتفاقياً، هذا على ما ذكر المشهور، ولكن يأتى فى بحث موجبات القصاص أنّ سرايه الجرح ايضاً إذا كانت اتفاقيه كاتفاق الموت بالضرب فى أنّه مع عدم قصد القتل يثبت على القاتل الديه فى ماله.

وينبغى التعرض فى المقام لطبابه الطبيب من حيث التكليف والوضع يعنى الضمان، فنقول: إن كانت طبابه بعمليّه جراحيه مع احتماله أن تكون العمليه موجبه لموته أو التعجيل فيه لم تجز.

نعم إذا كان محرزاً بوجه معتبر انّ علاج مرضه المهلك يتوقّف على العمليه المزبوره المحتمل الشفاء بها أو التسرع الى موته، فلا يبعد جوازها إذا طلبها المريض أو وليه، بل بدون الطلب ايضاً مع عدم الولى، لدوران الأمر فى العمليه المفروض بين كونها انقاذاً للنفس من الهلاكه أو التسريع بها الى موته، وتعدّ عرفاً من رعايه الأهم، نعم الجواز لا يمنع عن الضمان إلّا أن يأخذ البراءه من الولى.

وأمّا توصيف الدواء مع احراز الداء بوجه معتبر، فمع احتمال الشفاء باستعمال الدواء الموصوف فلا بأس به، حتى مع احتماله ان استعمال المريض يمكن أن يوجب موته أو الضرر الآخر أو التسبيب الى موته.

غايه الأمر الجواز مع بيان الحال للمريض أو وليّه إذا كان كذلك، حيث إنّه مع بيان الحال لا يكون توصيفه من التسبيب الى موته أو التسرّع الى موته أو لضرر آخر غير الموت.

....

الشَرح:

وأمّا التوصيف بدون البيان انّما يجوز إذا علم أو اطمئنّ عدم ترتّب الموت أو غيره من الضرر غير العادى على استعمال الدواء المزبور، وعلى كلّ إذا اتفق الموت أو غيره من الضرر غير العادى يضمن الطبيب إلاّ مع أخذ البراءه.

هذا آخر ما اردنا من المباحث الوارده فى كتاب الحدود والحمد للّه أوّلاً وآخراً.

ص :۴۲۶

الفهرس

حد التقبیل والمضاجعه تحت لحاف واحد... ۵۸

ص: ۴۲۸

عدم سقوط الحد عن الكافر الزانی بالمسلمه بإسلامه... ۹۳

ص :۴۲۹

کیفیه إقامه الحد علی المریض فیما لزم تعجیله··· ۱۲۱

ص :۴۳۰

الباب الثانی: اللواط والسحق والقیاده

الباب الخامس: حد السرقه

الباب السادس: حد المحارب

***

المجلد ۳

القصاص شرايع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام: کتاب القصاص شرایع الاسلام/ تالیف جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم: دار الصدیقه الشهید (سلام الله علیها)، ۱۴۲۹ق.= ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۳۳۰ ص.

فروست : الموسوعه الفقهیه للمیرزا التبریزی (قدس سره)؛ ۳.

شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۸۴۳۸-۲۹-۱

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ سوم.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

موضوع : قصاص (فقه)

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

رده بندی کنگره : BP۱۹۵/۷/ت۲ت۹ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی : ۱۵۱۲۹۷۸

ص :۱

اشاره

المَوسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ مَبانى الاحكامِ

كتابُ القصَاص

شرايع الاسلام

ص :٣

بسم اللّه الرحمن الرحيم

وصلّی اللّه علی محمد وآله الطاهرين

إنّ علم الفقه هو العلم المرتبط ارتباطاً وثيقاً بحياه الفرد واستقرار المجتمع، فهو العلم الذی يعتمّ بتنظيم علاقه الإنسان بربّه من خلال أحكام العبادات وهو الدخيل فی حفظ صحه الإنسان وسلامه بدنه من خلال أحكام الأطعمه والأشربه وأحكام الطهاره والنجاسه، وهو الكفيل أيضاً بتنظيم العلاقه الإنسان بمجتمعه من خلال أحكام النكاح، وبيان حقوق الزوج والزوجه ولأولاد، وهو العلم المتكفل بتأمين حياه المجتمع واستقراره من خلال أحكام القضاء والحدود والديات، ومن أهم هذه الأبواب باب القصاص الذی عبّر عنه الذكر الحكيم بقوله: «ولكم فی القصاص حياه يا أولی الألباب» لما له من الدخل الواضح فی حياه النوع الإنسانی بسدّ أبواب الجريمه ومحو الظلم والاعتداء.

ونظراً لأهميه هذا الباب فقد بحثنا فيه واستوعبنا مسائله وأحكامه لمده سنين فی الحوزه المباركه فی قم المشرّفه، وهذه خلاصه تلك المباحث، نسأل اللّه تعالی أن ينفع بها طلاب الحوزات العليمه وفضلائها، وأن يتقبّله منّا بأحسن القبول، إنّه سميع الدعاء قريبٌ مجيبٌ.

ص: ۴

وهو قسمان[۱]:

القسم الأول: فی قصاص النفس

الفصل الأول: فی الموجب

والنظر فیه یستدعی فصولاً:

الفصل الأول

فی الموجب

وهو ازهاق النفس المعصومه المکافئه عمداً عدواناً، ویتحقق العمد بقصد البالغ العاقل إلی القتل، بما یقتل غالباً. ولو قصد القتل بما یقتل نادراً، فاتفق القتل، فالأشبه القصاص، وهل یتحقق مع القصد إلی الفعل الذی یحصل به الموت، وإن لم یکن قاتلاً فی الغالب، إذا لم یقصد به القتل، کما لو ضربه بحصاه أو عود خفیف؟ فیه روایتان، أشهرهما أنه لیس بعمد یوجب القود.

الشَرح:

[۱] القسم الأول من مباحث القصاص یرجع إلی مباحث قصاص النفس.

والقسم الثانی إلی مباحث قصاص الطرف.

وقد جعل الماتن قدس سره للمباحث الراجعه إلی قصاص النفس فصولاً وتعرّض فی کل فصل لجانب من جوانبه وتعرّض فی الفصل الأول لموجب القصاص، یعنی

ص: ۶

....

الشَرح:

الموضوع لجواز القصاص الـذى يأتى أن جوازه حقّى، فيكون لولىّ القصاص إسـقاطه مع العوض أو بلا عوض، وحيث أن حرمه قتل إنسان لا يلازم ثبوت حق القصاص كما فى القتل الحرّ عبـداً أو المسـلم كافراً ذميّاً أو الأب ابنه، ذكروا فى تحديـد الموضوع للقصـاص أنه إزهـاق النفس المعصومه المكافئه عمـداً عـدواناً. والمراد أنّ الموضوع لثبوت حقّ القصاص القتل الخاص و هو ان يقتـل شـخصاً تكون لـدمه حرمهٌ حرمه دم قاتله وأن يقع القتلْ مع التعمّـد فيه وبقصـد العـدوان عليه بأن يكون ظلماً لا قصاصاً أو دفاعاً.

وما يدلّ على اعتبار هذه القيود فى ثبوت القصاص يأتى فى ضمن مباحث شروط القصاص.

والقيدان الأولان أى المعصومه المكافئه راجعان إلى النفس، والأخيران أى عمداً وعدواناً راجعان إلى الإزهاق.

ويخرج بقيد العمد، القتل الصادر عن المجنون والصبى، لأنّ عمدهما خطأ على ما يأتى.

ثم إنّ القتـل عمـداً كمـا ذكر وإن كـان موضوعاً لجواز القصاص فى مقابل القتل خطأً محضاً والقتل خطأً شبيه العمـد، فإنّ الثانى موضوع للـديّه على العـاقله، والثـالث موضوع للـديّه على القاتـل إلاـ أنه يقع الكلاـم فى بعض الموارد فى القتل فى أنه من القتل عمداً الموضوع للقصاص أم لا؟ فإنه لا خلاف فى تحقّقه فيما إذا قصد القتل بفعل يكون قاتلاً عادهً، أى غالباً ونظيره ما إذا قصد نفس الفعل الـذى يكون قاتلاً غالباً وإن لم يكن الـداعى إلى ذلك الفعل قصد القتل، كما إذا ضـرب على رأسه بحديده وإن لم يكن

....

الشَرح:

الداعی إلی الضرب المزبور قصد قتله، والوجه فی کونه من القتل عمداً انّ قصد ما یکون قاتلًا کذلک من قصد القتل تبعاً.

ویدلّ علی کون القتل بما یکون قاتلًا نوعاً یحسب عمداً وإن لم یکن فاعله قاصداً القتل موثّقه أبی العباس وزراه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إنّ العمد أن یتعمّده فیقتله بما یقتل مثله، والخطأ أن یتعمّده ولا یرید قتله، یقتله بما لا یقتل مثله، والخطأ الذی لا شک فیه أن یتعمد شیئاً آخر فیصیبه»(۱).

ومعتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «جمیع الحدید هو عمد»(۲).

وفی صحیحه الفضل بن عبدالملک عن أبی عبداللّه علیه السلام أنه قال: «إذا ضرب الرجل بالحدیده فذلک العمد. قال: وسألته عن الخطأ الذی فیه الدیه والکفّاره أهو أن یضرب الرجل فلا یتعمّد قتله؟ قال: نعم. قلت: فإذا رمی شیئاً فأصاب رجلًا؟ قال: ذلک الخطأ الذی لا یشک فیه، وعلیه کفّاره ودیه»(۳).

والظاهر أنه یدخل فی القتل عمداً ما إذا قصد القتل بفعل یغلب علیه عدم ترتّب القتل بأن یکون الداعی إلی ذلک الفعل قصد قتله کما إذا ضربه بالعصا ولم یرفع حتی مات فإنّ الضرب المزبور وإن لا یترتب علیه القتل نوعاً یعنی غالباً، إلّا أنه حیث کان داعیه إلیه قصد قتله یکون القتل الواقع عمدیاً وإن ناقش فی کونه عمداً بعض

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۳:۲۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۴: ۲۷.

۳- (۳) من لایحضره الفقیه: ج ۴، باب القود ومبلغ الدیه، الحدیث ۵۱۹۵، الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۹.

....

الشَرح:

الأصحاب على ما قيل.

والوجه في كونه قتلًا عمـدياً هو أنّ الفعل العمدى ما صدر عن الفاعل بالقصد والمفروض وقوع الفعل وكون الضارب قاصداً له. ويشـهد لذلك صـحيحه الحلبى، قال: قال أبو عبداللّه عليه السـلام : «العمد كلّ ما اعتمد شيئاً فأصاب بحديده، أو بحجر أو بعصا أو بوكزه، فهذا كلّه عمد»(١).

وفى صـحيحه الحلبى وأبى الصباح الكنـانى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «سألناه عن رجل ضـرب رجلًا بعضاً فلم يقلع عنه الضرب حتى مات، أيدفع إلى ولىّ المقتول فيقتله؟ قال: نعم، ولكن لا يترك يعبث فيه ولكن يجيز عليه بالسيف»(٢).

ولو فرض إطلاق هـذه بالإضافه إلى الضـرب بالعصا بقصـد القتل أو عـدمه فيحمل على صوره قصد القتل بما تقدم فى صـحيحه الفضل بن عبدالملك من قوله: (وسألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفّاره أهو أن يتعمد . . .).

وممـا ذكرنا يظهر أنّه لا يحسب القتل عمـداً ما إذا قصـد الفعل الـذى لا يكون قاتلًا غالباً ولم يكن الـداعى له إلى الفعل المزبور قصـد قتله ولكن اتفق الموت كمـا لو ضـرب رجلًا بعصا وعود خفيفين على رأسه بمرّات فاتفق موته به من غير أن يكون قاصـداً قتله، حيث ذكر عليه السلام فى موثّقه أبى العباس وزراره «والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله»(٣).

ص: ٩

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٣: ٢۴.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢: ٢۴.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١٣: ٢٧.

....

الشَرح:

وفی موثقه أخری لأبی العباس البقباق عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قلت له: أرمی الرجل بالشیء الذی لا یقتل مثله؟ قال هذا خطأ، ثم أخذ حصاه صغیره فرمی بها، قلت: أرمی الشّاه فأصیب رجلًا؟ قال: هذا الخطأ الذی لا شکّ فیه والعمد الذی یضرب بالشیء الذی یقتله بمثله»(۱).

ثم لو فرض الاطلاق فی بعض الروایات الداله علی کون القتل عمداً فیما لو قصد الفعل الذی لا یقتل غالباً ولو مع عدم قصد القتل، یرفع الید عن الاطلاق بالتقیید بقصد الفعل فی الوثّقه الأولی والتصریح بکونه خطأً فی الموثّقه الثانیه کما أشرنا إلی ذلک فی روایات الضرب بالعصا وأنه لم یقلع الضرب حتّی مات المضروب.

وأمّا صحیحه عبدالرحمن بن الحجّاج الوارد فیها (انّ من عندنا لیقیدون بالوکزه وإنما الخطأ أن یرید الشیء فیصیب غیره»(۲)، فلا تنافی ما ذکرنا، لأنّ المفروض فی صدرها وقوع الفعل بقصد القتل والقتل بالوکزه مع قصده عمد کما تقدّم.

وقد تحصّل من جمیع ما ذکرنا أنه إن قصد القتل بفعله وترتّب علیه القتل فهو تعمد فی القتل، بلا فرق بین کون ذلک الفعل مما یترتب علیه القتل نوعاً أم لا، بأن یکون ترتّب القتل علیه نادراً أو أمراً محتملاً یساوی احتمال عدم ترتّبه.

وکذا یحسب القتل تعمدیاً فیما إذا أراد الفعل دون القتل ولکن کان الفعل مما یترتب علیه القتل نوعاً.

وأما إذا لم یکن الفعل مما یترتّب علیه القتل نوعاً ولم یکن قاصداً إلی القتل بل

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۱: ۲۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۲۴.

المباشره فيى القتل

ثم العمـد قـد يحصـل بالمباشره وقـد يحصـل بـالتسبيت، أمّا المباشـره فكالذبـح والخنق، وسـقى السم القاتل والضـرب بالسـيف والسكين والمثقل والحجر الغامز والجرح فى المقتل ولو بغرز الابره[۱].

الشَرح:

المقصود كان نفس الفعل فاتفق الموت يحسب القتل شـبه العمد وأما إذا لم يقصد الفعل ولا القتل بمن وقع عليه الفعل أصلًا أو قصـدهما أو قصد أحدهما بشـىء فوقع على غيره فقتل فهذا خطأ محض فى الثانى بلا كلام، وفى الأول أيضاً، على إشـكال يأتى التعرّض له.

[۱] ثم إنه يـذكر فى كلمـات الأصـحاب أنّ التعمـد فى القتـل تـارةً يحصـل بالمباشـره، وأخرى بالتسبيب، ويـذكرون للتعمّـد فى التسبيب مراتب:

المرتبه الأولى: انفراد الجانى بالتسبيب المتلف.

والمرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه فعل المجنى عليه.

والمرتبه الثالثه: أن ينضم إليه مباشره حيوان.

والمرتبه: الرابعه: ما ينضم إليه مباشره إنسان آخر، والمراد من مباشره حيوان أو إنسان آخر فعلهما.

والتأمل فى كلماتهم فى التفرقه بين التعمّد الحاصل بالمباشره والتعمّد الحاصل بالتسبيب بالمرتبه الأولى هو أنّه إذا لم يتوسّط بين زهوق الروح وفعل الجانى شـىء يصـحّ معه إسـناد القتل أيضاً، بأن كان فعل الجانى من السـبب الأخير، والعلّه التامّه للموت عرفاً وإن كان فعله بالآله، فهو من التعمّـد الحاصل بالمباشـره كما إذا قتله بـذبحه أو خنقه بيده أو سـقى السم القاتل بإيجاره فى حلقه وضربه بالسيف فى عنقه أو السكين أو المثقل والحجر، أو جرحه فى موضع يقتل بجرحه فيه أو بغرزه الابره فيه، بخلاف

المرتبه الأولی: انفراد الجانی بالتسبیب المتلف

وأمّا التسبیب فله مراتب:

المرتبه الأولی: انفراد الجانی بالتسبیب المتلف وفیه صور:

(الأولی): لو رماه بسهم فقتله، قتل به[۱]، لأنه مما یقصد به القتل غالباً، وکذا لو رماه بحجر المنجنیق. وکذا لو خنقه بحبل ولم یرخ عنه حتّی مات، أو أرسله منقطع النفس أو ضمناً حتّی مات.

الشَرح:

التسبیب فإنّه یتوسط بین فعل الجانی وزهوق روحه ما یصح إسناد القتل إلیه کما إذا رماه بسهم فی قلبه فمات، حیث یصحّ أن یقال قتله السهم أو رماه بحجر المنجنیق حیث یقال: إنّ حجره قتله.

ولکن فی بعض الأمثله التی ذکروها للتعمّد بالتسبیب تأمّل، کما لو خنقه بحبل لم یرخ عنه حتّی مات فإنه لا فرق بینه وبین الخنق بیدیه أو ذبحه بالسکین أو غیره.

وعلی کلّ تقدیر، فالتفرقه بین التعمد الحاصل بالمباشره أو بالتسبیب بالمرتبه الأولی غیر مهمّ فی المقام، لأنّ الموضوع للقصاص قتل النفس المحترمه المکافئه عمداً وعدواناً سواء کان ذلک القتل بالمباشره أو بالتسبیب کما أنّ الموضوع للدیه هو القتل خطأً ویکون القتل خطأً فی القتل بالمباشره کما إذا رأی فی الظلمه شیئاً فاعتقد أنه سبع فقدّه نصفین بالسیف ثم بان أنه کان إنساناً محقون الدم.

وعلی کلّ، نتعرض فی المقام لصور القتل بالتسبیب بمراتبه الأربع والصور التی ذکرها الماتن قدس سره لکلّ منها.

[۱] لا کلام فی حصول القتل عمداً فیما إذا رماه بسهم یرید قتله فإنّ القتل بما لا یقتل مثله مع قصد القتل یوجب القصاص کما تقدم فضلاً عما یقصد قتله بما یکون مما یقتل بمثله، بل یمکن کما ذکرنا سابقاً أنّه لو قصد رمیه بسهم ولکن لا یرید قتله بأن أراد إصابه رجله أو غیره مما لا یکون إصابته فیه قاتلاً، فأصاب فی مقتله فقتله، یثبت

....

الشَرح:

القصاص فإنّ رمی السهم مما یقتل بمثله، وفی موثّقه أبی العباس عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أرمی الرجل بالشیء الذی لا یقتل مثله. قال: هذا خطأ، ثم أخذ حصاه صغیره فرمی بها»(۱)، فإنّ ظاهر فعله علیه السلام أنّ الخطأ فیما کان الرمی بمثل الحصاه. وعلی الجمله الرمیه القاتله إنما یکون خطأً فیما إذا رمی شیء فلم یصبه بل أصاب إنساناً فقتله فإنه یدخل فی الخطأ الذی لا شکّ فیه، فتکون الدیه علی العاقله.

ومما ذکرنا یظهر الحال فی الرمی بحجر المنجنیق ونحوه مما یقتل بإصابته ولو فیما إذا أصاب فی مقتل.

وأما لو خنقه بحبل حتی مات فقد تقدم أنّه من التعمد بالقتل مباشره، ولا فرق بینه وبین ما ورد فی صحیحه الحلبی وأبی الصباح الکنانی جمیعاً عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم یقلع عنه الضرب حتّی مات، أیدفع إلی ولیّ المقتول فیقتله؟ قال: نعم، ولکن لا یترک یعبث به ولکن یجیز علیه بالسیف»(۲).

وعلی الجمله، إذا أراد القتل بفعله، فوقع القتل یکون القتل تعمدیاً سواء کان ذلک الفعل بما یقتل بمثله کرمی السهم أم لا کالضرب بالعصا.

وکذا یکون القتل تعمدیاً فیما إذا لم یقصد القتل بل قصد الفعل ولکن کان بما یقتل مثله کالضرب بالحدیده والرمی بحجر المنجنیق. ومن هذا القبیل ما لو خنقه بحبل ولکن أرسله منقطع النفس أو ضمناً حتّی مات بأن أوجب الخنق المزبور بلاءً فی بدنه حتّی مات، فإنه إن قصد بذلک قتله فالأمر ظاهر وإن لم یقصد قتله فالمصرّح به فی

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۷: ۲۶.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۲۴.

....

الشَرح:

كلمات بعض الأصحاب عدم الفرق بين قصد القتل وعدمه وبين كون حدوث الضمن والمرض بسدّ موضع النفس أو الخنق مع إرساله غير مقطوع النفس أمراً اتفاقياً نادراً أم لا.

بل ينسب ذلك إلى ظاهر المشهور كما هو ظاهر الماتن أيضاً حيث جعل إرساله ضمناً عدلاً للإرسال منقطع النفس وعقّب ذلك قوله أما لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات ففى القصاص تردّد، والأشبه القصاص إن قصد القتل، والديه إن لم يقصد أو أشبه القصد، حيث إنّ مقتضى هذا التعقيب بعد جعل الإرسال ضمناً عدلاً للإرسال منقطع النفس، أنه لا يعتبر فى كون الإرسال ضمناً عمداً قصد القتل أو حدوث المرض بالخنق المزبور أمراً عاديّاً.

وقد يقال فى وجه دخوله فى القتل عمداً أنّ المرض مع الخنق المزبور يعدّ من الفعل القاتل عاده وإن لم يقصد الجانى القتل.

وفيه أن الملاك فى كون القتل عمدياً الموجب لثبوت القصاص إمّا قصد القتل، ولو لم يكن الفعل مما يترتّب عليه القتل إلاّ نادراً، أو قصد الفعل القاتل نوعاً او احتمالاً متعارفاً وإن لم يقصد القتل، وشيء منهما فى الفرض غير متحقّق، لأنّ المرض الحاصل بالفعل أو دخالته فيه لم يكن مقصوداً للجانى، وإن ترتّب على فعله اتفاقاً.

نعم، لو كان الخنق المزبور مما يوجب البلاء عادةً يكون القصد إلى الخنق وسدّ موضع النفس قصداً إلى تحقيق البلاء فى بدنه واعتبار كون الفعل المزبور دخيلاً فى حدوث البلاء بهذا النحو لم يذكر فى كلامهم.

واختار صاحب الجواهر قدس سره (۱) ثبوت القصاص فى موارد حدوث المرض

۱- (۱) جواهر الكلام: ج ۴۲، ص ۲۴.

....

الشَرح:

بالفعل، وإن كان حدوثه بدخاله الفعل أمراً نادراً، وقال هذا الثبوت باعتبار الفرق بين العمد إلى القتل والقتل عامداً، والموضوع للقصاص فى لسان الأدله هو الثانى، والقتل عامداً يصدق عرفاً فى موارد ترتّب القتل واتّفاقه على الفعل المقصود، غايه الأمر إذا ترتّب القتل على الفعل اتفاقاً وعلى وجه الندره ولم يكن قصد الجانى القتل، يرفع اليد عما دلّ على ثبوت القصاص بالقتل عامداً بالروايات الداله على عدم القصاص فيما إذا صدر من الجانى الفعل غير القاتل ولكن اتفق القتل، ولكن لا يرفع اليد عنه فى مورد حدوث المرض بالفعل المزبور بل بقى هذا الفرض أعنى تعقب المرض تحت أدله القصاص، ولو لعدم الجابر للنصوص المخرجه فى هذا الفرض المؤيّد عدم خروجه عن أدلّته بنصوص ضمان سرايه الجرح غير القاتل مثله.

أقول: القصاص فيما كان المقصود الفعل بلا قصد القتل ولم يكن الفعل مما يترتّب عليه المرض المميت، إلا بوجه الاتفاق والندوه، ولم يكن الجانى قاصداً لحصول المرض، المزبور مشكل بل ممنوع، لمثل قوله عليه السلام فى موثّقه أبى العباس وزراره «والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله(۱).

فإنّ الفعل الصادر فى الفرض لا يقتل مثله وحدوث المرض ليس من فعله المقصود.

وفى صحيحه أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفاره أهو أن يتعمد ضرب رجل ولا يتعمد قتله؟ فقال: نعم . . . »(۲). حيث لم يذكر الإمام عليه السلام فى الجواب قيداً بما إذا لم يتّفق بالضرب المزبور مرض ترتّب عليه

ص: ۱۵

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱۳: ۲۷.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۹: ۲۶.

أمّا لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات ففى القصاص تردّد والأشبه القصاص إن قصد القتل[۱] والديه إن لم يقصد أو أشتبه القصد.

الشَرح:

الموت. وعلى الجمله الموضوع لثبوت القصاص بحسب الروايات بملاحظه ما ورد فى الخطأ شبه العمد، هو التعمد إلى القتل أو التعمّد إلى الفعل القاتل عادهً، ولو بحسب حال المضروب من حيث الصغر والضعف والمرض وحراره الهواء أو برودتها كما تقدّم.

وأمّا ما ادّعاه قدس سره من أنّ عدم خروج فرض تعقّب المرض عن أدلّه القصاص مؤيّده بنصوص ضمان سرايه الجرح غير القاتل مثله، فلم يتّضع مراده قدس سره ، فإن كان المراد سرايه الجرح غير القاتل بالإضافه إلى ضمان الديه يعنى ديه النفس، كروايه ذريح قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل شجّ رجلاً موضحه وشجّه آخر داميه فى مقام واحد فمات الرجل؟ قال: عليهما الديه فى أموالهما نصفين»(۱) فلا تأييد فيه للمقام، بل ما ذكرنا فى المقام يأتى فى الجرح أيضاً، فإنه إن قصد الجرح الذى يترتّب عليه الموت غالباً أو مساوياً أو قصد بالجرح القتل فيثبت الموضوع للقصاص وإلا يثبت الديه فى مال الجانى، لكون القتل خطأ شبه العمد كما نذكره فى الصوره الرابعه، وإن ذكر الماتن وغيره فيها، بل عن المشهور أنّ السرايه عن جنايه العمد، توجب القصاص، وإن لم تكن الجنايه عمداً مما قصد به القتل ولا ممّا يترتّب عليه القتل غالباً أو احتمالاً مساوياً.

وإن كان المراد سرايه الجرح غير القاتل يوجب القصاص نفساً فلم نجد ما يدلّ عليه من روايه فضلاً عن الروايات.

[۱] لما تقدّم من ثبوت القصاص مع التعمد إلى القتل ولو لم يكن الفعل قاتلاً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۲ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۱: ۲۱۱.

(الثانيه): إذا ضربه بعصا... فمات

(الثانيه): إذا ضربه بعصا، مكرّراً ما لا يحتمله مثله بالنسبه إلى بدنه وزمانه، فمات فهو عمد[١] ولو ضربه دون ذلك، فأعقبه مرضاً ومات، فالبحث كالأوّل ومثله لو حبسهُ ومنعه الطعام والشراب، فإن كان مدّه لا يحتمل مثله البقاء فيها فمات فهو عمد.

الشَرح:

عادةً وأنه إذا لم يقصد القتل يثبت الديه فى مال الجانى فإنه من القتل شبه العمد.

[١] اتّصاف الفعل بأنه يقتل مثله أو لا يقتله مثله يختلف بحسب حال من يقع عليه الفعل من حيث القوّه والضعف والمرض، ومن حيث زمان الفعل من حيث حراره الهواء وبرودتها ففى أىّ مورد اتّصف الفعل بأنّه يقتل مثله يكون القتل عمدياً سواء قصد الجانى القتل أم لا، وفيما لا يكون قاتلاً فإن قصد الجانى القتل فهو عمد وإلا خطأ شبه العمد.

وما فى الكلام الماتن قدس سره فى المقام لو ضربه بما دون ذلك فأعقبه مرضاً ومات، فالبحث فيه كالأل ظاهره ما تقدّم فيما إذا أرسل المخنوق ضمناً فمات فإنّه من القتل عمداً فيوجب القصاص وإن احتمل بعضهم أن يكون المراد ما تقدّم فيما إذا حبس نفسه يسيراً ثمّ أرسل من ثبوت القصاص مع قصد القتل وثبوت الديه مع عدمه ولكن الاحتمال لا يناسب ما تقدّم منه ومن غيره فى الإرسال ضمناً.

وما ذكر فى وجه ثبوت القصاص من كون الفعل مع المرض الحادث به من صدور الجنايه القاتله بلا قصد القتل، لا يمكن المساعده عليه، لأنّ الفعل وإن يحدث المرض به، ولكن المرض غير مقصود وليس الفعل مما يكون حصول المرض به أمراً نوعياً ليكون قصد الفعل من قصد إحداث المرض. وعلى الجمله الفعل لم يقصد به القتل وليس مما يقتل بمثله فلا موضوع للقصاص.

ومما ذكرنا يظهر حكم ما لو حبسه ومنعه من الطعام والشراب فمات فإنّه إن كان

(الثالثه): لو طرحه فى النار فمات

(الثالثه): لو طرحه فى النار فمات، قتل به، ولو كان قادراً على الخروج[۱] لأنه قد يُشْدَه ولأن النار قد تشنّج الأعصاب بالملاقاه فلا يتيسر له الفرار. أما لو علم أنه ترك الخروج تخاذلاً فلا قود، لأنّه أعان على نفسه. وينقدح أنه لا ديه له أيضاً لأنّه مستقل بإتلاف نفسه. ولا كذا لو خرج، فترك المداواه فمات، لأنّ السرايه مع ترك المداواه من الجرح المضمون، والتلف من النار ليس بمجرّد الالقاء، بل بالإحراق المتجدّد الذى لولا المكث لما حصل. وكذا البحث لو طرحه فى اللجّه، ولو فصده فترك شدّه أو ألقاه فى ماء فأمسك نفسه تحته مع القدره على الخروج فلا قصاص ولا ديه.

الشَرح:

مثل الحبس والمنع عن الطعام والشراب المفروض مما يقتل به مثل الإنسان المزبور أو قصد بفعله قتله، ثبت موضوع القصاص، وإلّا يكون القتل شبه عمد فعلى القاتل الديه فى ماله.

[۱] مراده قدس سره أنه لو طرحه شخص فى النار فمات بذلك الطرح فيها، يقتل ذلك الشخص قصاصاً حتى فيما لم يقصد بطرحه فيها قتله، لأنّ الإلقاء فى النار يحسب مما يقتل بمثله، وهذا لا يفرق فيه بين أن يكون فى البين مانع من خروجه عن النار أو لم يكن، لأن مجرّد عدم المانع عن الخروج لا يوجب تمكّنه من الخروج عنها، لأنّ المطروح قد يُشْدَهُ أى يدخل فيه الشَّدَهُ يعنى الدهشه، وهو التحيّر وزوال الفهم، ولأنّ النار قد تشنّج أعصابه فلا يتمكّن على الخروج منها.

نعم، لو أحرز أنّه كان متمكّناً على الخروج منها ومع ذلك ترك الخروج تخاذلاً، فلا موضوع للقصاص، لأنّ المطروح أعان على نفسه ولا تثبت الديه أيضاً، كما هو الحال فى جميع من يكون قاتل نفسه.

وعلى الجمله، كما أنّ القصاص يثبت فيما إذا أحرز عدم تمكّنه من الخروج عن

....

الشَرح:

النار، كـذلك يثبت فيما إذا احتمل عدم تمكّنه على الخروج لدهشه حصلت له بإلقائه فى النار أو تشنّج أعصابه بملاقاه النار أو غير ذلك. وإنّما ينفى القصاص بل الديه أيضاً فيما أحرز أنّه تخاذل وترک الخروج بالاختيار.

وبما أنّ الأصحاب ذكروا أنّه لـو جرحـه شخص وترک المجروح مداواه جرحه، فسرى الجرح بترک المداواه فمات يثبت القصاص على الجارح مطلقاً أو فيما كان الجرح بحيث يسرى لو لا مداواته ويقتل، تصدّى قدس سره لبيان الفرق بين ترک الخروج من النار حيث قالوا بسقوط القصاص بل وعدم ثبوت الديه أيضاً، كما عن جماعه، ولعلّه المشهور، وبين ترک المداواه فإنّ تركها لا يوجب سقوط القصاص، وقال فى وجه الفرق إنّ النار لا تقتل الشخص بمجرد الوقوع فيها بل تقتل بالمكث فيها، وبما أن المطروح فى النار قد مكث فى النار باختياره فهو قاتل نفسه، وهذا بخلاف ترک المداواه، فإنّ القتل مع ترک المداواه أيضاً يستند إلى الجرح وسرايته، ولذا يكون الجرح وسرايته مضموناً فيثبت القصاص، وعلى الجمله المداواه على المجروح كانت واجبه وقد عصى بتركها فإنّه يجب على الشخص حفظ نفسه عن الهلاک إلّا أنّ عصيانه بتركها لا ينافى استناد القتل إلى الجرح السارى الذى هو فعل الجانى.

أقول: يقع الكلام فى مقامين:

الأول: فى أنّ الإلقاء فى النار وترتّب الموت عليه مع عدم خروج المطروح عنها والشک فى أنّ عدم خروجه كان تخاذلاً أو تهاوناً هل يوجب الضمان على الذى طرحه فيها أم لا؟

والثانى: فى الفرق بين ما ذكروا فى المطروح فى النار أو الماء من أنّه إذا مكث فى النار أو الماء باختياره مع تمكّنه من الخروج عنها لا يثبت على الذى ألقاه فيها

....

الشَرح:

لا قصاص ولا ديه، لأنّ المطروح أعان على نفسه وبين ما ذكروا من أنّه إذا جرح شخصاً وترك المجروح مداواه جرحه، فسرت إلى نفسه ومات يثبت على الجانى القصاص.

أمّا الكلام فى المقام الأول، فلابدّ من التفصيل بين النار التى يكون الألقاء فيها ولو بلا مكث فيها قاتلهْ نوعاً ولو بالسرايه والخروج عنها لكثرتها واشتغالها أو لعدم التمكن من الخروج عنها نوعاً، فالألقاء فيها يوجب القصاص سواء قصد الملقى بالكسر بالإلقاء، قتله أم لا لأنّه يصدق أنّه قتله بما يقتل مثله وإن لم يقصد قتله فإنّ هذا موضوع للقصاص كما تقدّم. ويلحق بذلك ما إذا كانت النار غير قاتله بالإلقاء فيها بل يموت الشخص بالمكث فيها، ولكنّ الخروج عنها لم يكن ممكناً، لكونها فى وهده أو كان مانع آخر عن خروجه عنها.

وأمّا إذا لم يكن فى البين مانع عن الخروج عنها ولم يخرج فمات بالمكث ولكن لم يعلم أنه ترك الخروج مع تمكّنه عليه تخاذلاً ـ أو تهاوناً أو لم يتمكّن لطريان الدهشه أو تشنّج أعصابه بملاقاه النار ونحو ذلك، ففى ثبوت القصاص فى الفرض تأمّل بل منع حتى لو كان قصد اَلْملقى من الإلقاء قتله، لأنّ الفعل القاتل فى الفرض هو المكث فى النار المزبوره، ومن المحتمل أن يكون المكث فيها من الفعل الاختيارى للمطروح فيكون هو المعين على نفسه.

وعلى الجمله، لم يحرز استناد القتل إلى من ألقاه فيها ليقال إنه كان الفعل بقصد القتل، ومقتضى الأصل يعنى الاستصحاب عدم استناد الفعل والقتل إلى الْملقى فينتفى الموضوع للقصاص ولا ـ يعارض بأصاله عدم استناد الفعل القاتل إلى اختيار المطروح وإرادته وعدم كون المطروح قاتل نفسه، فإنها غير جاريه حيث لا يثبت بها تعيين القاتل فى الملقى وكون فعله هو القاتل كماهو الموضوع للقصاص، ولذا ذكر

....

الشَرح:

بعض الأصحاب عدم ثبوت القصاص فى الفرض ولكن يثبت الديه على الملقى.

ولكن فى ثبوت الديه أيضاً تأمّل، حيث إنه لم يثبت أنّه القاتل حتى يلتزم بالقصاص أو بالديه. نعم، الأحوط على الملقى بالكسر إعطاء الديه والمصالحه مع أولياء المقتول.

وأمّـا المقام الثانى، وهو الفرق بين ترك المجروح مداواه جرحه حتى مات بالسرايه وبين ترك الخروج عن الماء أو النار حتّى هلك بالمكث فيهما فغايه تقريبه أنّ القتل يستند عرفاً إلى من أوجد السبب، يعنى المقتضى والتمكّن فيمن وقع عليه السبب على إيجاد المانع من سرايه أثره لاـ يوجب سلب استناد القتل إلى فاعل السبب والأمر فى ترك مداواه الجرح السارى إلى النفس كذلك، وهذا بخلاف صوره الإلقاء فى النار أو الماء، فإنّ السبب القاتل لم يحصل بفعل الجانى، يعنى الملقى بالكسر ، بل سبب القتل وهو المكث فى الماء أو النار حصل بفعل المطروح واختياره.

وعلى الجمله أنّ المطروح وإن ترك الواجب عليه بترك مداواه نفسه وخالف وجوب حفظ نفسه عن الهلاـك إلاّ أنّ ذلك لا ينافى استناد القتل إلى غيره فيكون نظير المريض الذى يترك مداواه نفسه فلا يقال إنّه قتل نفسه، ولكن يقال إنّه ترك حفظ نفسه عن الهلاك ونظير ما إذا هاجمه غيره مع تمكّنه على الدفاع ولكن ترك الدفاع فقتل، فإنّ تمكّنه على الدفاع لا يوجب أن لا يصدق على مهاجمه أنّه قاتله، ولكن تركه الدفاع وتخاذله كان حراماً لوجوب حفظ نفسه عن الهلاك.

ولكن ربما يتبادر إلى الذهن أنّه لو كان الفرق بما ذكر صحيحاً، فلا يصح ما ذكره قدس سره بعد ذلك أنّه لو فصده فترك المفصود شدّ موضع الفصد فمات بخروج الدم ونزيفه، لاـ يكون ضمان على الفصّاد لا القصاص ولا الديه، سواء كان المراد الفصد

(الرابعه): السرایه عن جنایه العمد

(الرابعه): السرایه عن جنایه العمد، توجب القصاص مع التساوی[۱]، فلو قطع یده عمداً فسرت، قتل الجارح، وکذا لو قطع اصبعه عمداً بآله تقتل غالباً فسرت.

الشَرح:

عدواناً أو مداواهً.

وما فی الجواهر من أنّ الکلام فی المقام فی الفصد عدواناً وعدم شدّ المفصود موضع الفصد نظیر المکث فی النار تخاذلاً(۱) لا یمکن المساعده علیه، وذلک فإن القتل فی مسأله الطرح فی النار کان مستنداً إلی المکث وکان المکث من الفعل الاختیاری للمطروح، بخلاف نزیف الدم فإنّه مترتّب علی فعل الفصّاد، غایه الأمر بما أنّ الفصد حتی مع عدم شدّ موضعه لا یقتل عاده ولم یکن من قصد الفصّاد قتله، ینتفی القصاص ولکن یثبت الدیه کما تقدّم انّ الأمر فی الجرح غیر القاتل وغیر الساری أیضاً کذلک من انتفاء القصاص وثبوت الدیه.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنه إذا تعمد الجارح فی جنایته فسرت تلک الجنایه فمات المجنی علیه یثبت القصاص بلا فرق بین کون جراحته ممّا تسری ویموت الشخص بسرایتها نوعاً أو کانت سرایتها اتفاقیه کما صرّح به کثیر من الأصحاب وهو المنسوب إلی المشهور، ولکن تقدّم أنّ هذا فیما إذا قصد بالجرح قتله أو کانت الجراحه قاتله نوعاً ولو بسرایتها.

وأمّا إذا لم یکن فی البین شیء منهما فاتفقت السرایه والموت فالثابت الدیه علی القاتل، ولعلّ ما فی کلام الماتن من أنه «لو قطع اصبعه بآله تقتل غالباً فسرت» من تقیید الآله بکونها قاتله یناسب ما ذکرنا، وإلاّ فلا موجب للتقیید.

۱- (۱) جواهر الکلام: ج ۴۲، ص ۲۸.

(الخامسه): لو ألقى نفسه من علوّ على إنسان

(الخامسه): لو ألقى نفسه من علوّ على إنسان عمداً، وكان الوقوع[٢] مما يقتل غالباً، فهلك الأسفل، فعلى الواقع القود، ولو لم يكن يقتل غالباً، كان خطأ شبيه العمد، فيه الديه مغلّظه، ودم الملقى نفسه هدراً.

الشَرح:

[٢] الوقوع على إنسان من علو، على صورتين:

الأولى: أن لا يحسب وقوعه على إنسان فعلاً اختياريّاً للواقع كما إذا دفعته الريح العاصفه أو دفعه الغير فوقع على إنسان فقتله.

الثانيه: أن يكون وقوعه من فعله الاختيارى بأن ألقى نفسه من علوّ على إنسان فقتله.

ففى الصوره الثانيه التى تدخل فى صوره القتل بالتسبيب إن كان قصده من إلقاء نفسه عليه، قتل من يقع عليه أو كان إلقاء نفسه عليه مما يقتله، يثبت القصاص، وأمّا إذا لم يقصد من إلقاء نفسه عليه قتله، ولم يكن الإلقاء عليه مما يقتل الواقع عليه نوعاً، فلا قصاص بل إنّه من خطأ شبه العمد، فيثبت الديه المغلّظه.

وفى جميع فروض الصور الثانيه لو مات الملقى بإلقاء نفسه يكون دمه هدراً، لأنّه قاتل نفسه ولو خطأً، بل لو كان موته لفعل من وقع عليه دفاعاً عن نفسه فالأمر كما ذكر.

وأمّا الصوره الأولى: فإن كان وقوعه على إنسان بغير دفع الغير بل لإطاره الريح ونحوه من الأمور الاتفاقيه وقتل بوقوعه على شخص ذلك الشخص، لم يثبت عليه قود ولا ديه لا فى مال الواقع ولا فى عاقلته. كما يشهد بذلك عدّه روايات: منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام «فى الرجل يسقط على الرجل فيقتله؟ فقال: لا شىء عليه، وقال: من قتله القصاص فلا ديه له»(١).

وظاهر نفى الشيء خصوصاً بملاحظه نفى الديه فيمن قتله القصاص نفى

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢: ٤١.

(السادسه): لا حقيقه للسحر

(السادسه): قال الشيخ: لا حقيقه للسحر[١] وفى الأخبار ما يدل على أنّ له الشَرح:

الديه أيضاً كنفيه فيمن قتله القصاص.

وفى معتبره عبيد بن زراره قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن الرجل وقع على رجل من فوق البيت فمات أحدهما قال: ليس على الأعلى شيء ولا على الأسفل شيء»(١).

وفى صحيحه قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل وقع على رجل فقتله، فقال: ليس عليه شيء»(٢). وظاهرها كظهور ما قبلها، الوقوع بلا اختيار، وأمّا إذا كان وقوعه عليه بـدفع الغير، فإن كان دفعه على الغير مما يقتل أو قصـد الـدافع من دفعه قتل من يقع عليه، يثبت القصاص على الـدافع، وإلاّ تكون الديه على المدفوع يدفعها إلى أولياء من وقع عليه ويرجع بها إلى دافعه، خلافاً للمشهور حيث جعلوا الديه ابتداءً على الدافع وذكروا أنّه ليس عل المدفوع ديه، واستندوا فى ذلك إلى استناد القتل إلى الدافع.

وما ذكروه وإن كان على القاعـده لعـدم صدور فعل اختيارى عن المدفوع إلاّ أنّه لابد من رفع اليد عن القاعده لصـحيحه عبداللّه بن سـنان، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام «فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، قال: الـديه على الذى دفع على الرجل فقتله لأولياء المقتول. قال: ويرجع المـدفوع بالـديّه على الـذى دفعه. قال: وإن أصاب المدفوع شـىء فهو على الدافع أيضاً»(٣). وقد عمل بها الشيخ، وحكى عن غيره أيضاً، فلا موجب لطرحها.

وهذه الصوره كما أشرنا خارجه من صور القتل بالتسبيب.

[١] المراد من نفى الحقيقه للسحر أنّ السحر لا تأثير له فى شيء ومنه موت

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٣: ۴١.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١: ۴١.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١: ۴٠.

حقیقه، ولعلّ ما ذکره الشیخ قریب، غیر أنّ البناء علی الاحتمال أقرب. فلو سحره فمات، لم یوجب قصاصاً ولا دیه علی ما ذکره الشیخ، وکذا لو أقرّ أنه قتله بسحره وعلی ما قلناه من الاحتمال یلزمه الاقرار، وفی الأخبار یقتل الساحر، قال فی الخلاف: یحمل ذلک علی قتله، حدّاً لفساده لا قوداً.

الشَرح:

الإنسان ونفی التأثیر عنه بنحو التأثیر المادی ظاهر والنفی عنه التأثیر بنحو خرق العاده بأن یکون إراده الساحر وقصده عند سحره أو بسحره مؤثّراً نظیر إیجاد الشیء أو إزالته بخرقها بإراده من بیده المعجزه عند استعمالها أو باستعمالها فلو مات إنسان عند سحر ساحر فالموت غیر مستند إلی سحره ولا إراده الساحر فلا یکون علی الساحر قصاص بل ولادیه حتّی ما لو اراد موته بل لو اعتقد الساحر أنه قتله بسحره واعترف بأنّی قتلته بسحری فلا قیمه لإقراره، لأنّ الإقرار مع العلم بخطأ المقرّ لا قیمه له، فیکون نظیر ما إذا قال شخص أنا قتلت زیداً بدعائی، أو قال: قتلته بحدّه عینی من حدّی علیه.

ویستدلّ علی عدم الحقیقه للسحر بقوله سبحانه: «یخیّل إلیه من سحرهم أنّها تسعی»(۱) وقوله تعالی: «فلما ألقوا سحروا أعین الناس»(۲) وقوله: «وما هم بضارّین به من أحد إلّا بإذن اللّه»(۳).

ویستفاد من المحکی عن التبیان وجه آخر أیضاً لنفی حقیقته حیث قال: کلّ شیء خرج عن العاده الجاریه، لا یجوز أن یتأتی من الساحر ومن جوّز إتیان الساحر بشیء من ذلک فقد کفر، لأنّه لا یمکنه العلم بصحه المعجزات الداله علی النبوّه لِأَنّه أجاز مثله من جهه الحیله والسحر.

۱- (۱) سوره طه: الآیه ۶۶.
۲- (۲) سوره الأعراف: الآیه ۱۱۶.
۳- (۳) سوره البقره: الآیه ۱۰۲.

....

الشَرح:

أقول: لا أحتمل أن يلتزم أحد بأنّ السحر لا يكون له حقيقه ولا يوجب الخيال فى المسحور بنحو تشويش باله واضطراب نفسه حتى يتخيّل أنه فى وسط نار مشتعله أو فى البحر الذى يغرقه مائه أو يهاجم عليه من كل جانب ليقتلوه إلى غير ذلك من التخيّلات كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه: «يخيّل إليه من سحرهم أنّها تسعى»(۱)، وقوله تعالى: «سحروا أعين الناس»(۲)، وعلى ذلك فإن أوجب التخيّل المستند إلى سحر الساحر الخوف فى نفس المسحور بقصد هلاكه، فهذا المقدار يوجب صحّه استناد القتل إلى الساحر فيكون موجباً للقصاص.

وكذا فيما يكون الخوف المزبور فى مثل المسحور المذكور قاتلاً وإلّا يثبت الديه فى ماله.

وعلى الجمله، ثبوت القصاص أو الديه على الساحر لا يبتنى على ثبوت الحقيقه الواقعيه للسحر بل ذكرنا فى مبحث حرمه السحر من المكاسب المحرمه أنّه يظهر من بعض الأخبار وكذا من قوله سبحانه: «فيتعلّمون منه ما يفرّقون به بين المرء وزوجه»(۳) أنّ الحاصل خارجاً يعدّ من فعل الساحر ويستند إلى سحره وإنّ له مرتبه من خرق العاده حيث إنّ العقد وإن فرض استناده إلى التخيّل بعضاً إلّا أنّ الحلّ لا يناسب التخيّل وكذا فيما قيل من السحر على النبى صلى الله عليه و آله .

وعلى أى تقدير فلو اعترف بأنّى قتلته عمداً بسحرى يقتل، وإن اعترف بأنّى قتلته خطأً بسحرى يقع عليه الديه حتّى لو فسّر الخطأ بالخطأ المحض لما يأتى من أنّ

۱- (۱) سوره طه: الآيه ۶۶.

۲- (۲) سوره الأعراف: الآيه ۱۱۶.

۳- (۳) سوره البقره: الآيه ۱۰۲.

المرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه مباشره المجنى عليه

(الأولى): لو قدّم له طعاماً مسموماً

المرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه مباشره المجنى عليه وفيه صور:

(الأولى): لو قدّم له طعاماً مسموماً[۱] فإن علم وكان مميّزاً فلاـ قود ولاـ ديه وإن لم يعلم فأكل ومات فللولىّ القود، لأنّ حكم المباشره سقط بالغرور ولو جعل السم فى طعام صاحب المنزل، فوجده صاحبه فأكله فمات، قال فى الخلاف والمبسوط: عليه القود، وفيه إشكال.

الشَرح:

الديه لا تثبت على العاقله بإقرار الجانى.

[۱] للمرتبه الثانيه من القتل بالتسبيب وهو ما كان ترتّب القتل على فعل الجانى لانضمام فعل المجنى عليه، صور ذكرها فى ضمن فروع:

الأولى: ما إذا قدّم للمقتول طعاماً مسموماً فمات بأكله وللتقديم فروض:

(الأول) أن يعلم الآكل أنّ فى الطعام سمّاً فأكله باختياره وإرادته مع تمييزه ففى هذا الفرض لاـ قود ولا ديه على مقدّمه فإنّ الآكل فى الفرض هو قاتل نفسه، وبتعبير آخر تقديم الطعام للآكل فى الفرض وإن يكن محرّماً نظير تقديم السكين لمن يريد قتل نفسه حيث أنّه إعانه على ظلم الظالم لنفسه وهو محرّم كإعانه الظالم للغير فى ظلمه، إلاّـ أنّ القتل يستند إلى المباشر فلا يكون فى ناحيه التقديم غير الإعانه عليه.

(الثانى) أن يكون الآكل المزبور جاهلاً بأنّ فى الطعام سمّاً فقدّم العالم بالحال الطعام المزبور له ليأكله. وفى هذا الفرض يثبت القود على مقدّمه فيما كان تقديمه بقصد قتل الآكل أو كان السم المزبور مما يقتل الشخص به. وكذا إذا لم يكن مما يقتل الشخص بمجرّده ولكن يوجب المرض القاتل.

وأمّا إذا لم يكن بقصد القتل ولا مما يقتل به ولو بحدوث المرض فاتّفق الموت فيدخل القتل حينئذ فى الخطأ الذى يشبه العمد. وعلى الجمله القتل وإن ترتّب فى هذا الفرض على فعل مقدّم الطعام وآكله إلاّ أنّ جهاله الآكل بالحال توجب استناد القتل إلى

....

الشَرح:

مقدّمه العالم بالحال وإلى ذلك أشار الماتن المحقق قدس سره بقوله: «لأنّ حكم المباشره سقط بالغرور».

(الثالث) أن يكون مقدّم الطعام أيضاً جاهلاً بالحال كالآكل، وهذا الفرض وإن يخرج عن المرتبه الثانيه وداخل فى المرتبه الرابعه من التسبيب كما يأتى، إلاّـ أنّ المقدّم مع جهله بالحال يكون مثل الآكل الجاهل بالحال فى عدم استناد القتل إليه، بل يكون الضمان حينئذ على من جعل السم فى الطعام المزبور كما إذا أضاف صاحب المنزل شخصاً وهيأ له الطعام وجعل فيه السم وقال للجاهل بالحال قدّمه إلى الضيف. فما يظهر من كلام مجمع الفائده والبرهان من ثبوت الديه على المقدّم فى الفرض أيضاً لا يمكن المساعده عليه.

نعم لو كان المقدّم عالماً بالحال يكون القصاص عليه لا على جاعل السمّ فيه، لأنّ المباشر إذا كان مساوياً للمسبّب يستند الفعل إلى المباشر كما فى الفرض الأول والمقدّم بالإضافه إلى جاعل السمّ كالمباشر فمع علمه بالحال يكون الضمان عليه.

ولا يرد النقض على ما ذكرنا من أنّ مع تساوى المباشر وفاعل السبب يستند الفعل إلى المباشر لا إلى فاعل السبب بمسأله ضمان الطبيب حيث أنّ المريض مع احتماله كون الدواء ضارّاً وتناوله باختياره يكون الضمان على الطبيب، فإنّ الضمان المزبور على تقدير تماميّته للنص.

نعم ما ذكرناه من عدم ضمان المقدّم مع جهله بالحال بل يكون الضمان على جاعل السمّ فيه إنّما هو فيما إذا قال الجاعل للمقدّم خذه وقدّمه إلى الضيف، وأمّا إذا أخذ الجاهل بالحال من عنده إعانةً لصاحب المنزل فقدّمه للضيف فأكل فمات فلا يبعد أن يقال أنّ القتل حينئذ يستند إلى فعلهما معاً، غايه الأمر الاستناد إلى جاعل

....

الشَرح:

السمّ يحسب تعمّداً وإلى المقدّم خطأً.

(الرابع) أن يكون الطعام مسموماً من غير فعل شخص آخر ومن غير التفات من مقدّمه للغير بل كان المقدّم كالآكل جاهلاً بالحال. وفى هذا الفرض يثبت الديه على المقدّم لأنّ تقديمه فى نفسه تسبيب غايه الأمر لغفلته عن حال الطعام يحسب قتله به خطائيّاً.

لا يقال: استناد القتل فى الفرض إلى مقدّم الطعام دون المباشر ينافى ما تقدّم من أنّ مع تساوى فاعل السبب والمباشر يستند الفعل إلى المباشر.

فإنّه يقال: ما تقدّم إنّما هو فى صوره تساويهما فى العلم، وأمّا مع جهلهما فالمتّبع الاستناد العرفى، ولذا ذكر جماعه أنّه لو حفر بئراً عميقاً فى داره ونسى حفره وأمر الغير فى ظلمه بالمرور على الموضع فوقع فيه، فالديّه على الحافر الآمِر مع أنّ فاعل السبب كالماشى المذكور غافل حيث أمره ولو مع غفلته عن حفره يعتبر تسبيباً عرفاً يستند الفعل إليه، وكذا الحال فى تقديم الطعام المسموم من الغافل.

وبالجمله، الغفله عن كون الفعل قاتلاً توجب الانتقال إلى الديه، وكذلك الغفله عن كونه قاتلاً غير من يريد قتله كما إذا أراد قتل غير الآكل المزبور فقدّمه إلى الآكل المزبور باعتقاد أنّه من يريد قتله لظلمه أو نحوها. وهذا مثله وإن لم يدخل فى ضابط خطأ شبه العمد الذى تقدّم إلاّ أنّه لا يحتمل الفرق فى ثبوت الديه على الجانى بين مثل الموارد المزبوره وما يدخل فى ذلك الضابط بعد خروجه عن ضابط قتل العمد حيث إنّ ضابط قتل العمد أن يصيب القتل أو الفعل القاتل بمن أراده كما هو ظاهر قوله عليه السلام «العمد أن يتعمّده فيقتله بما يقتله مثله».

ونظيرتقديم الطعام المسموم إلى غير من يريد قتله اشتباهاً ما إذا أراد قتل أحد فقتل شخصاً آخراً باعتقاد أنّه الذى يريد قتله بحيث لو كان ملتفتاً إلى أنّه غيره لما كان

....

الشَرح:

يقتله أصلًا فإنّ هذا الفرض أيضاً غير داخل فى قتل العمد الموجب للقود فإنّ قتل العمد أن يصيب من يقصده وفى الفرض لم يصبه.

ولو جعل السمّ فى طعام صاحب المنزل فإن كان مع علم الجاعل بأنّه السم القاتل أو جعل بقصد أن يقتل صاحب المنزل، يثبت القود عليه إذا أكل صاحب المنزل الطعام فمات حيث إنّ جعل السم القاتل من أحد الأسباب الذى يقتل الشخص بمثله وما عن الماتن المحقق قدس سره من الإشكال فى ثبوت القصاص، لأنّ صاحب المنزل هو المباشر للأكل الموجب لموته ولم يحصل من الجاعل التقديم ولا إجباره على أكله، لا يمكن المساعده عليه بعد ما ذكرنا من أنّ جعل السمّ فى طعام صاحب المنزل مع غفلته عن الحال مما يقتل الغير بمثله.

نعم لو التفت صاحب المنزل إلى جعل السمّ فأكله فمات، لم يكن على الجاعل قصاص ولا ديه، لأنّه المعين على قتل نفسه. نعم الفعل المذكور من الجاعل حتّى مع التفات صاحب المنزل حرام، لأنّه تعدّ وإعانه على قتل النفس.

ولو فرض أنّ صاحب المنزل والجاعل كلاهما غافلان تثبت الديه على الجاعل، لأنّ الجعل بحسب الفرض التسبيب، وقد تقدّم الجواب عن شبهه ما إذا تساوى المسبّب والمباشر، يستند القتل إلى المباشر، حيث قلنا إنّ التسويه فى موارد العلم والالتفات.

ولو جعل الشخص السمّ فى طعامه فى منزله ودخل شخص آخر فأكله بغير إذن من صاحب المنزل، لا يوجب ذلک على صاحب المنزل يستند القتل إلى الآكل فهو قاتل نفسه حتّى فيما إذا علم صاحب المنزل أنّ الداخل قد يأكله طمعاً فى الطعام المزبور.

الثانيه: لو حفر بئراً بعيده فی طریق

الثالثه: لو جرحه فداوی نفسه بدواء سمیّ

الثانيه: لو حفر بئراً بعيده فی طريق ودعا غيره[۱] مع جهالته فوقع فمات فعليه القود، لأنّه مما يقصد به القتل غالباً.

الثالثه: لو جرحه فداوی نفسه بدواء سمیّ[۲]، فإن كان مجهزاً فالأول جارح

الشَرح:

نعم، لو لم يكن جعله دفاعاً عن نفسه وماله يكون فعله حراماً حيث يجب عليه التحفّظ على نفس الغير من التلف.

ومثله ما إذا ادخل الطعام المسموم معه فی منزل الغير وجعل الطعام المزبور فی كيس ونحوه بحيث لا يشتبه على صاحب المنزل أنّه مال الداخل ولا يجوز التصرف فيه بلا إذنه ومع ذلک أكله صاحب المنزل بلا إذنه فمات فلا يكون على الداخل قود ولا ديه، لأنّ التعدی وقع من صاحب المنزل حيث أكله بلا إذنه فهو القاتل لنفسه. نعم إدخاله ولو مع احتماله وقوع الأكل عدواناً، كان محرّماً عليه حيث يجب التحفّظ على نفس الغير من الهلاک.

[۱] الظاهر عدم الحاجه إلى التقييد بالدعوه فيما إذا حفر البئر المزبوره فی الطريق الذی معرض مرور الناس وكان البئر بنحو يجهل المارّه حفرها، فإنّه إذا سقط فيها أحد فمات، فإن كانت بنحو تقتل الواقع فيها أو كان القصد من حفرها القتل، يثبت القصاص.

وإن لم يكن الوقوع فيها قاتلاً إلّا بنحو الاتفاق ولم يقصد القتل بحفرها، يكون عليه الديه على قرار ما تقدّم.

نعم، إذا حفر البئر فی ملكه أو فی غير الطريق المزبور ودعا غيره المرور عليه أو كان المارّ غافلاً أو مثل الصبی غير المميّز، يثبت القصاص مع كون الوقوع فيه قاتلاً عادةً أو قصد القتل به وإلّا يكون عليه الديه نظير ما تقدّم فی جعل السمّ فی طعام الغير.

[۲] إذا جرح شخصاً فداوی المجروح جرحه بدواء سمّی بحيث كان الدواء

والقاتـل هو المقتول فلاـ ديه له ولولیّه القصـاص فی الجرح إن کـان الجرح یوجب القصاص، وإلاّ کان له أرش الجراحه وإن لم یکن مجهزاً وکان الغالب فیه السـلامه، فاتفق فیه الموت، سـقط ما قابل فعل المجروح، وهو نصف الـدیه وللولیّ قتل الجارح بعد ردّ نصف الدیه. وکذا لو کان غیر مجهز وکان الغالب معه التلف، وکذا البحث لو خاط جرحه فی لحم حی، فسـری منهما سـقط ما قابل فعل المجروح وکان للولیّ قتل الجارح بعد ردّ نصف دیته.

الشَرح:

المزبور مجهزاً بحیث یسـتند القتـل إلی الـدواء خاصّه، فالمجروح هو قاتل نفسه ولا یکون علی الجارح قصاص أو دیه. نعم لولیّ المقتول قصاص الجراحه إن کان فی الجرح المذکور قصاص وإلاّ یطلب من الجارح أرش الجنایه.

وأمّا إذا لم یکن الدواء السـمّی مجهزاً بل یکون الغالب فیه السـلامه ولکن اسـتند الموت فی الفرض إلی جرح الجارح والمداواه معاً، ففی الفرض یسقط ما قابل فعل المجروح یعنی نصف الدیه فیکون للولیّ قتل الجارح بعد ردّ نصف الدیه، کما أنّ له مطالبه نصف الدیه علی الجارح والاغماض عن القصاص لما سیأتی من أنّ کلّ مورد یکون لولی الدم القصاص بردّ بعض الدیه، یجوز له القصاص . . .

وکـذا الحـال فیما لم یکن الـدواء السـمّی مجهزاً ولکن یکون الغالب فیه التلف فإنّه فی الفرض ایضاً یسـقط نصف الـدیه ویجوز لولی المقتول القصاص من الجارح بعد ردّ نصف الدیه أو مطالبه نصـفها والاغماض عن القصاص فیما إذا استند الموت إلی کلا الأمرین من الجرح والمداواه.

أقول: لابـدّ من تقییـد کلّ ذلک بما إذا کان الجارح قاصداً قتل المجروح وإلاّ فلا موضوع للقصاص، بل یؤخذ منه نصف الدیه، ولم یظهر وجه الاطلاق فی کلام الماتن المحقق رحمهم الله حتی القول بالقصاص فی سرایه الجرح غیر القاتل فإنّ الموت فی

المرتبه الثالثه: أن ينضمّ إليه مباشره حيوان

المرتبه الثـالثه: أن ينضمّ إليه مباشـره حيوان. وفيه صور: (الأولى): إذا ألقـاه فى البحر فالتقمه الحوت قبل وصوله، فعليه القود[١]، لأنّ الإلقاء فى البحر إتلاف بالعاده، وقيل: لا قود، لأنّه لم يقصد إتلافه بهذا النوع وهو قوى. أمّا لو ألقاه إلى الحوت فالتقمه فعليه القود، لأنّ الحوت ضارّ بالطبع فهو كالآله.

الشَرح:

الفرض لم يستند إلى سرايته ولذا يسقط نصف الديه، كما صرّح به الماتن، فإنّ سقوط نصف الديه شاهد أكيد على عدم استناد الموت إلى السرايه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا جرحه الجارح وخاط المجروح الجرح المزبور فمات بسرايه الجرح والخيط، فإنّه مع استناد موته إليهما معاً، يسقط نصف الديه، فإن كان من قصد الجارح قتله فلوليّ المقتول القصاص بردّ الديه وإلّا يكون على الجارح نصف الديه. ويأتى إن شاء اللّه أنّ الديه تقسّط على الجانبين ولا ينظر إلى قوه جنايه أحدهما وضعف الآخر أو إلى تعدّد جنايه أحدهما ووحده جنايه الآخر.

وعلى الجمله يجرى فى الفرض أيضاً ما إذا كان جرح الجانى بقصد القتل أو كان جرحه قاتلًا نوعاً وإلّا فلا موجب للقصاص بل يكون عليه نصف الديه مع استناد القتل إلى كلا الأمرين كما هو المفروض فى المقام.

[١] بلا فرق بين أن يقصد قتله بالإلقاء أم لا، فإنّ الإلقاء فى البحر يكون من الفعل القاتل عادهً، ومعه لا فرق أن يموت بالغرق فى البحر أو التقام الحوت أو بإصابه رأسه بالحجر فى البحر، وقد ذكر جماعه من الأصحاب أنّ على ملقيه القود، لأنّ الألقاء فى البحر فى نفسه فعل قاتل غايه الأمر يكون الموت فيه غالباً بالغرق وتخلّف ذلك لا يوجب خروج فعله عن كونه مما يقتل بمثله.

ونظير ذلك ما ألقاه من مكان شاهق فمات فى الأثناء قبل الوصول إلى الأرض من خوفه فإنّ الغالب فيه وإن يكون الموت بالوقوع على الأرض إلّا أن تخلّف ذلك

(الثالثه): لو انهشه حيّهً قاتلهً فمات

(الثانيه): لو أغرى به كلباً عقوراً فقتله[١]، فالأشبه القود، لأنّه كالآله، وكذا لو ألقاه إلى أسد بحيث لا يمكنه الاعتصام فقتله سواء كان فى مضيق أو بريّه.

(الثالثه): لو انهشه حيّهً قاتلهً فمات، قتل به، ولو طرح عليه حيّه قاتلهً فنهشته فهلك، فالأشبه وجوب القود، لأنّه مما جرت العاده بالتلف معه.

الشَرح:

لا يكون خروج فعله عن كونه قاتلاً.

وما عن الماتن قدس سره من منع القصاص فى الفرض لا يمكن المساعده عليه ولا فرق بين ما ذكر وبين ما يذكر بعد ذلك من إلقائه على الحوت فالتقمه فعليه القود، لأنّ الحوت ضارّ بالطبع فهو كالآله.

وعلى الجمله، الإلقاء فى البحر كالإلقاء إلى الحوت فعل قاتل عادهً، والتخلّف فى الفعل القاتل المقصود، يعدّ من التخلّف فى آله القتل ولا يقاس ذلك بما إذا ألقاه من شاهق إلقاءً قاتلًا، ولكن قتله الغير قبل وقوعه على الأرض برميه قاتله فإنّ هذا من قبيل الاشتراك فى القتل مع استناده إلى كلا الفعلين أو إلى غير الرامى فإنّ فعل إنسان آخر لا يعدّ آله لفعل الملقى.

[١] ممّا ذكرنا فى الصوره الأولى يظهر الحكم فى الصوره الثانيه وهى ما إذا أغرى به كلباً عقوراً بأن كان مما يقتل بعقره عادهً أو قصد أن يقتله بعقره فإنّه يكون على مغريه القود فى كلتا الصورتين حيث إنّ عقر الكلب يعدّ آله بالإضافه إلى فعل مغريه.

ونظير ذلك إذا ألقاه إلى أسد لا يمكن له الفرار عنه فقتله فإنّ على الملقى القود، حيث إنّ افتراسه لو لم يكن أقوى من عقر الكلب العقور فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا يقصر عنه. نعم لو أمكن له الفرار فامتنع عنه لا يكون على الملقى قود ولا ديه، لأنّه القاتل والمعين على نفسه، وقد تقدّم أن نفى القود أو الديه عن الملقى لا يستلزم جواز فعله وعدم تعلّق التعزير عليه.

(الرابعه): لو جرحه ثم عضّه الأسد وسرتا

(الخامسه): لو كتّفه وألقاه فی أرض مسبعه

(الرابعه): لو جرحه ثم عضّه الأسد وسرتا[۱]، لم يسقط القود وهل يرد فاضل الديه؟ الأشبه نعم، وكذا لو شاركه أبوه أو اشترك عبد وحرّ فی قتل عبد.

(الخامسه): لو كتّفه وألقاه فی أرض مسبعه، فافترسه الأسد اتفاقاً، فلا قود وفيه الديه.

الشَرح:

وكذا يظهر الحال فيما يذكره فی الصوره الثالثه من إنهاشه حيّه قاتله بأن قبض الحيّه وألقمها من جسده فإنّ الانهاش فعل يقتل بمثله فيكون عليه القود نظير ما طرح عليه حيّه فنهشه فمات.

[۱] ولو جرحه بقصد قتله أو بجرح قاتل وعضّه الأسد فمات بسرايتهما يكون على الجارح القود، لأنّ المفروض أنّه بقصده القتل أو كون جرحه قاتلًا، متعمّد فی القتل غايه الأمر بما أنّ الموت مستند إلى أمرين أحدهما فعله والآخر فعل الأسد، يثبت القصاص للولىّ عنه بردّ فاضل الديه أى نصفها، نظير ما إذا قتل الابن اثنان أحدهما أبوه والآخر الأجنبى، فإنّ القصاص يتعلّق على الأجنبى حيث لا يقتصّ من الأب، ولكن يردّ نصف الديه على الأجنبى.

وكذلك فيما قتل العبد اثنان أحدهما حرّ والآخر عبد يتعلّق القصاص على العبد ويردّ نصف قيمته على مولاه.

ودعوى الفرق بين اشتراك الأب والأجنبى فی قتل الولد أو قتل العبد باشتراك الحرّ والعبد وبين عضّ الأسد فإنّ جنايه الأسد غير مضمونه بخلاف جنايه الأب والحرّ، لا يمكن المساعده عليها فإنّ جنايه الأسد كما أنها غير مضمونه بالإضافه إلى الغير كذلك غير مضمونه بالإضافه إلى الجارح بعد صدق استناد القتل إلى جرحه وعضّ الأسد، بل ربما يقال إنّه لو نهشته بعد عضّ الأسد حيّه فمات بحيث استند موته إلى جرح الجانی وعضّ الأسد ونهش الحيّه، يرد عليه الثلثان من الديه فإنّ الفرض كاشتراك ثلاثه فی قتل

المرتبه الرابعه: أن ينضمّ إليه مباشره إنسان آخر

(الأولى): لو حفر واحد بئراً

المرتبه الرابعه[۱]: أن ينضمّ إليه مباشره إنسان آخر، وفيه صور:

(الأولى): لو حفر واحد بئراً فوقع آخر بدفع ثالث، فالقاتل الدافع دون الحافر، وكذا لو ألقاه من شاهق، فاعترضه آخر فقدّه نصفين قبل وصوله الأرض، فالقاتل هو المعترض. ولو أمسك واحد وقتل آخر فالقود على القاتل دون الممسك، لكنّ الممسك يحبس أبداً، ولو نظر إليهما ثالث لم يضمن، لكن تسمل عيناه، أى تفقأ.

الشَرح:

واحد ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك بعد فرض الاستناد المزبور.

ولا يخفى أنّه يكون القصاص من الجارح فى فرض قصده القتل أو كون جرحه قاتلًا نوعاً، وإلّا يكون عليه نصف الديه أو ثلثه لا القصاص كما أنّ الأمر فى مقدار الديه كذلك لو أغمض الولى عن الاقتصاص وطالبه بالديّه.

ولا يخفى أيضاً أنّ الكلام فى المسأله ما إذا لم يكن عضّ الأسد ونهش الحيّه مستنداً إلى فعله بإلقاء المجنى عليه فى أرض مسبعه وإلّا يكون الحال فيها كالحال فى الصوره الخامسه التى ذكرها بقوله «ولو كتّفه وألقاه فى أرض مسبعه . . . » أى أرض يوجد فيه السباع، فإنّه لو كان إلقائه فيها بقصد قتله بافتراس السبع أو كان السباع فيها بنحو يكون الافتراس فيه أمراً غالبياً يتعلّق على الملقى القود مع تحقّق الهلاك وإن كان وجود السبع وافتراسه أمراً نادراً ولم يكن من قصده قتله، يكون عليه الديه ويظهر وجه ذلك كلّه مما تقدّم، كما يظهر وجه الخلل فيما ذكره الماتن قدس سره من نفى القود، إلّا أن يكون مراده عدم كون القصد بالإلقاء قتله.

[۱] المرتبه الرابعه: ما إذا كان فعل إنسان آخر دخيلًا فى تحقّق القتل من القاتل ولهذه المرتبه صور:

(والصوره الاولى): ما إذا كان فعل المباشر بحيث يستند القتل إليه وإن كان فعل

....

الشَرح:

الآخر دخيلاً فی تحقّق القتل من المباشر، کما إذا حفر بئراً ووقع فیه إنسان بدفع آخر فمات الواقع، فإنّ القتل یستند إلی الدافع وإن یکن حفر البئر دخیلاً فی تحقّقه بحیث لو لا حفرها لما کان الدافع قاتلاً.

ونظیر ذلک ما إذا ألقاه من شاهق وقبل أن یصل إلی الأرض اعترضه آخر فقدّه نصفین بسیفه فإنّ القتل یستند إلی من قدّه نصفین وإن کان یقتل لولا القدّ، بالوقوع الأرض.

نعم، إذا کان المعترض له یعدّ کالآله کما إذا ألقاه فی دار المجانین فاعترضه مجنون فقتله، یکون القود علی الملقی فیما إذا کان إلقائه فیها بقصد قتله أو کان الإلقاء فیها قاتلاً عاده کما تقدّم نظیره فی الإلقاء فی البحر فالتقمه الحوت قبل وقوعه فی الماء.

ومن قبیل ما ذکر من استناد القتل إلی المباشر ما لو أمسکه واحد وقتله الآخر فإنّ القود علی القاتل دون الممسک، نعم یحبس الممسک أبداً حتّی یموت ولو کان فی البین ثالث ناظراً أی: مراعیاً لهما فی إتمام فعلهما لم یضمن کالممسک إلاّ أنّه تسمل عیناه أی تفقأ وتشقّ.

ویدلّ علی ذلک صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی علی علیه السلام فی رجلین أمسک أحدهما وقتل الآخر، قال: یقتل القاتل، ویحبس الآخر حتی یموت غمّاً، کما حبسه حتّی مات غمّاً»(۱) ونحوها مرفوعه سماعه(۲).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲.

....

الشَرح:

وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ ثلاثه نفر رفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السلام واحد منهم أمسک رجلًا وأقبل الآخر فقتله والآخر یراهم فقضی فی (صاحب) الرؤیه أن تسمل عیناه وفی الذی أمسک أن یسجن حتی یموت کما أمسکه وقضی فی الذی قتل أن یقتل(۱).

وقد ذکر بعض الأعلام أنّ الممسک یحبس بعد ضرب جنبیه ویجلد کلّ سنه خمسین جلده، واستشهد لذلک بمعتبره عمرو بن أبی المقدام «أنّ رجلًا قال لأبی جعفر المنصور وهو یطوف: یا أمیر المؤمنین إنّ هذین الرجلین طرقا أخی لیلًا فأخرجاه من منزله فلم یرجع إلیّ، وواللّه، ما أدری ما صنعا به، فقال لهما: ما صنعتما به؟ فقالا: یا أمیر المؤمنین کلّمناه ثم رجع إلی منزله إلی أن قال فقال لأبی عبداللّه علیه السلام جعفر بن محمد اقض بینهم إلی أن قال فقال: یا غلام اکتب بسم اللّه الرحمن الرحیم قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله کلّ من طرق رجلاً باللیل فأخرجه من منزله فهو ضامن إلّا أن یقیم علیه البیّنه أنّه قد ردّه إلی منزله یا غلام! نحّ هذا فاضرب عنقه للآخر، فقال: یابن رسول اللّه واللّه ما أنا قتلتْهْ ولکنّی أمسکته، ثم جاء هذا فوجأه فقتله، فقال: أنا ابن رسول اللّه، یا غلام نحّ هذا فاضرب عنقه للآخر فقال: یابن رسول اللّه ما عذّبته ولکنّی قتلته بضربه واحده، فأمر أخاه فضرب عنقه، ثمّ أمر بالآخر فضرب جنبیه وحبسه فی السجن ووقع علی رأسه (یحبس عمره ویضرب فی کلّ سنه خمسین جلده)(۲).

ولکن لا یخفی أنّها وارده فیمن أخرج المقتول من منزله لیلًا، ومن المحتمل أن یکون ضرب جنبیه وضرب خمسین کلّ سنه من جهه إخراجه المقتول من منزله لیلًا

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱.

الثانيه: إذا أكرهه على القتل

الثانيه: إذا أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر دون الآمر[١] ولا يتحقق الإكراه فى القتل ويتحقق فيما عداه. وفى روايه على بن رئاب يحبس الآمر بقتله حتى يموت. هذا إذا كان المقهور بالغاً عاقلاً ولو كان غير مميّز كالطفل والمجنون فالقصاص على المكره لأنّه بالنسبه إليه كالآله.

الشَرح:

ولا يمكن تسريه هذا الحكم إلى مطلق الممسك، واللّه العالم.

[١] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا أكرهه المكره على قتل شخص لا يجوز للمأمور قتله فإن قتله يجرى عليه القود ويحبس الآمر بقتله حتّى يموت ويقال مع ذلك بعدم تحقّق الإكراه فى القتل، لأنّه مع علم المأمور بأنّه على تقدير العمل بأمر الآمر يقتل قصاصاً لأنّ النفس بالنفس فلا يكون موافقه أمر الآمر توقيه لنفسه عن الهلاك.

والمعتبر فى موارد تحقق الإكراه أن يكون الموافقه على إكراه المكره بالكسر توقيه لنفسه من الضرر الأعظم ولذلك ذكر الماتن قدس سره تحقق الإكراه فى غير القتل كما إذا أمَرَ بجرح الآخر أو قطع عضوه كيده وإلّا أى إن خالف المأمور أمره يقتله، فإنّه الإكراه المجوّز.

ويلزم على ذلك أنّه لو أمره بقطع يد غيره أو جرحه مثلاً، فإن لم يقطع أو لم يمتثل أمره يقطع يد المأمور وإن لم يجرحه يجرح الآمر المأمور، فلا يتحقق الإكراه المجوّز، لأنّه ليس امتثال أمره توقيه لنفسه من الضرر الأعظم، بخلاف ما إذا قال إن لم يقطع أو لم تجرح قتلتك فإنّه يتحقق فى هذه الصوره الإكراه المجوّز، ولكن لا يخفى أنّ رفع الإكراه امتنانيه وكما لا ترفع الحرمه فيما إذا أكرهه على قتل الغير كذلك لا ترفع فى موارد القطع والجرح وإن كان الضرر المتوعّد به قتل المكره بالفتح .

وعلى الجمله، لا حكومه لرفع الإكراه فى هذه الموارد مما يكون الرفع فيها خلاف الامتنان على الغير بل يكون هذه الموارد داخلاً فى عنوان التزاحم بين حرمه

....

الشَرح:

الجنايه على الغير وبين وجوب حفظ النفس عن الهلاكه والتلف والجنايه.

والحاصل: أنّ المشهور عدم جواز قتل الغير بالإكراه عليه ويتعلّق على المكره بالفتح القود ويحبس الآخر.

ويدلّ عليه صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل أمر رجلًا بقتل رجل فقتله فقال: يقتل به الذى قتله ويحبس الآمر بقتله فى الحبس حتى يموت»(۱).

فإنّ هذه الصحيحه لو لم تكن ظاهره فى خصوص الإكراه فلا أقلّ من إطلاقها.

وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إنّما جعل التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيه»(۲)، ونحوها موثقه أبى حمزه الثمالى(۳)، فإنّ قتل الغير بالتقيّه التى داخله فى الاضطرار إذا كان غير مشروع فلا يجوز فعله بالإكراه عليه، بل يمكن التمسّك بما دلّ على حرمه قتل النفس المحترمه بعد بيان عدم رافعيّه الإكراه والاضطرار حرمته فيكون المقام نظير ما إذا كان إنسان يموت جوعاً إلاّ ـ أن يقتل إنساناً آخر فيأكل لحمه، وكما أنّه لا يتحقّق الاضطرار الرافع فى المثال فكذا الإكراه فى مفروض الكلام.

ولكن ذكر بعض المحقّقين قدس سره (۴) أنّه لو أكرهه على قتل شخص وكان ما توعدّ به من الضرر دون القتل فلا يجوز قتل الشخص المزبور، فلو قتله المكره بالفتح ، كان عليه القود وعلى المكره بالكسر الحبس المؤبدّ، وأمّا إذا كان الضرر المتوعّد به هو القتل فلا يبعد

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۱، الباب ۳۱ من أبواب الأمر والنهى وما يناسبهما، الحديث ۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۱، الباب ۳۱ من أبواب الأمر والنهى ومايناسبهما، الحديث ۱.

۴- (۴) مبانى تكمله المنهاج: ج ۲، ص ۱۳.

....

الشَرح:

الالتزام بأنّه يجوز للمكره قتله، ولكن يتعلّق عليه الديه ويحبس المكره بالكسر مؤبدّاً.

والوجه فى هـذا التفصـيل أنّ حـديث رفع الإـكراه وإن لاـ يرفع حرمه قتل النفس فى الفرض لاختصاص الرفع بموارد الامتنان فى الرفع إلاّ أنّ حرمه قتل الغير مع وجوب حفظ النفس وعدم تعريضه للهلاک من المتزاحمين وحيث لا ترجيح فى البين، فلا مناص من الاـلتزام بـالتخيير وعليه يكون القتـل سائغـاً وغير صـادر عن ظلم وعـدوان، فلاـ يترتّب عليه القصاص، ولكن يثبت الـديّه على القاتل، لأنّ دم أمرء مسـلم لا يـذهب هـدراً ولا يقاس بمسأله الاضـطرار إلى قتل الغير وأكل لحمه، لأنّ فى حفظ النفس فى هـذا الفرض ارتكاب محرّمين قتل الغير وأكل لحمه.

أقول: ما يمكن لنا من إحراز التساوى هو تساوى ملاک قتل النفس مع ملاک قتل الغير، وأمّا تساوى صـلاح التحفّظ على النفس من هلاكتها مع ملاک حرمه قتل النفس المحترمه فلا سبيل لنا إلى إحرازه ومن المحتمل حدّاً أن يكون فساد قتل المؤمن متعمّداً أكبر من صـلاح التحفّظ على نفسه كما لا يبعد اسـتفاده ذلک من قوله عليه السـلام «إنّما شرع التقيه ليحقن به الدم وإذا بلغ الدم فلا تقيه» وعليه فوجوب التحفّظ على النفس منوط على جواز ما يتوقّف عليه ومع شـمول الاطلاق فيما دلّ على حرمه قتل المؤمن متعمّداً، لقتل الغير إكراهاً، ينتفى وجوب التحفّظ على النفس لعدم التمكن عليه لحرمه مقدّمته.

هـذا كلّه إذا كـان المكره بالفتـح بالغـاً عاقلاًـ وأمّـا إذا كـان مجنونـاً أو صبيّـاً غير مميّز يتعلّق القود على الآمر حيث أنّ المجنون والصبى غير المميز يحسب آله للآمر.

وإذا كان الصبى مميّزاً فلا يتعلّق عليه القود بل يتعلّق الـديه على عاقلته، لما دلّ على أنّ عمد الصبى خطأ تحمله العاقله كما يأتى، ويتلعّق بالآمر يعنى المكره باكسر

....

الشَرح:

ما تقـدّم من أنّه يحبس مؤبدّاً. والوارد فی صـحيحه زراره المتقدّمه وإن كان فرض الآمر رجلاً وكذا المأمور، إلّا أنّ المتفاهم أنّ ذكر الرجل من باب المثال.

ولو أمر امرأه بقتل الغير فقتلته، يتعلّق القود بالمرأه ويحبس الآمر.

وعلى الجمله لكـلّ من يتصـدّى لقتـل الغير بـإكراه المكره وكـان المتصـدّى فاعلاًـ مختـاراً يتعلّق بـالمكره الحبس عقوبه على ما أكرهه، كما يتعلّق القود بالمتصّدى إلّا فيما إذا كان غير بالغ، لأنّ عمد الصبى وخطأه سيّان.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: ما أشار إليه الماتن المحقق قدس سره من أنّ الصبى المميّز يقتصّ منه إذا بلغ عشر سنين على ما ذكره بعض الأصحاب.

ولعلّه لما ورد فى الصبى البالغ عشـر سـنين أنّه يصحّ وصيتّه وتصدّقه ويحمل عليه ما ورد فى معتبر السكونى عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السـلام فى رجل وغلام اشتركا فى قتل رجل فقتلاه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتصّ منه وإذا لم يكن يبلغ خمسه أشبار قضى بالديّه»(۱).

وفيه أنّ مـا ورد نفوذ وصـيتّه إذا بلغ عشـر سـنين مع اختصـاصه بقسم من الوصـيه كما ذكر فى محلّه، لا يوجب جواز الاقتصاص، والمعتبره معارضه، بما دلّ على أنّ عمد الصبى وخطأه سيّان حيث أنّ ظاهره الصبى المُمَيّز، وإلّا فلا عمد لغير المُمَيّز، فإنّه كالآله كما تقدّم فيرجع إلى ما دلّ على رفع القلم عن الصبى بعد اختصاص كلّ منهما بالمميّز كما لا يخفى.

ص :۴۲

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۶ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱.

ویستوی فی ذلک الحرّ والعبد[۱]، ولو کان ممیّزاً عارفاً غیر بالغ وهو حرّ فلا قود، والدیه علی عاقله المباشر، وقال بعض الأصحاب: یقتصّ منه إن بلغ عشراً وهو مطرح وفی المملوک الممیّز تتعلّق الجنایه برقبته فلا قود. وفی الخلاف: إن کان المملوک صغیراً أو مجنوناً سقط القود ووجبت الدیه والأوّل أظهر.

الشَرح:

ثانیهما: ما ربما یتبادر إلی الذهن أنّه یجوز للإنسان قتل الغیر فی مورد إکراهه علی قتله مع کون الضرر المتوعّد به القتل بعنوان الدفاع عن النفس.

ولکنّه وهم محض، فإنّ الجایز فی مورد الدفاع عن النفس، قتل المتعدی والمهاجم علیه وهو فی الفرض المکره بالکسر لا الغیر.

وأمّا دعوی جواز قتل الغیر للاضطرار علیه فقد تقدّم أنّ الاضطرار لا یوجب جواز قتل الغیر کما هو المستفاد من نفی التقیّه بإراقه الدم ونحوه.

نعم لو قام فی مورد دلیل علی جوازه کما فی تترّس الکفّار فی قتالهم ببعض المسلین فذلک أمر آخر یلتزم فیه بالجواز.

[۱] المشهور بین الأصحاب أنّه لا فرق فیما تقدّم بین کون المکره بالفتح حرّاً أو عبداً فیتعلّق القود بالعبد ویحبس سیّده الآمر عبده بقتل الغیر مؤبّداً.

قال الماتن قدس سره فی النافع ولو کان المأمور عبده قولان أشبههما أنّه کغیره. وظاهر ذلک وجود القائل بعدم تعلّق القود بالعبد بل یتعلّق القود بالسید ویحبس العبد، ولکن هذا غیر منقول إلاّ عن الاسکافی، وقیل مال إلیه صاحب الوافی لموثقه إسحاق بن عمّار عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی رجل أمر عبده أن یقتل رجلاً فقتله قال: یقتل السیّد به»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱.

....

الشَرح:

وفی معتبره السکونی عن أبی عبـدالله علیه السـلام قال: «قال أمیر المؤمنین علیه السـلام فی رجل أمر عبـده أن یقتل رجلًا فقتله، فقال أمیر المؤمنین علیه السـلام : وهل عبد الرجل إلاّ کسوطه أو کسیفه، یقتل السید ویستودع العبد السجن»(۱) ورواها الصدوق باسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام .

ونقـل العلامه فی المختلف عن الشیخ فی الخلاف أنّه قال اختلف روایات أصحابنا فی أنّ السـید إذا أمر عبـده بقتل غیره فقتله فعلی من یجب القود؟ فروی بعضـها أنّ علی السـید القود وفی بعضـها علی العبـد القود والوجه فی ذلک أنّه إن کان العبد مخیّراً عاقلًا یعلم أنّ ما أمره به معصـیه فإنّ القود علی العبـد وإن کان صـغیراً أو کبیراً لا یمیّز واعتقد أنّ جمیع ما یأمره به سـیّده واجب علیه، کان القود علی سیّده.

وقال الشـیخ قـدس سره فی التهـذیب بعـد نقل الخبرین: «قال محمـد بن الحسن هـذان الخبران قد وردا ما أوردناهما وینبغی أن یکون العمل علی الخبر الأول (یعنی الخبر الأول قبل الخبرین الدالّ علی الاقتصاص من مباشـر القتل) لأنّه موافق لظاهر کتاب اللّه والأخبـار الکثیره التی قـدّمناها، لأـنّ القرآن قـد نطق أنّ النفس بـالنفس، وقـد علمنـا أنّه مـا أراد إلاّ النفس القاتله، والأخبار التی قـدّمناها فیمن اشترک بـالرؤیه والإمسـاک والقتـل تؤیّـد ذلک أیضاً، لأنّ القصاص فیها إنّما أوجب علی القاتل ولم یوجب علی الممسک ولا علی الناظر وقد علمنا أنّ الممسک أمره أعظم من الآمر وإذا کان الخبران مخالفین للقرآن والأخبار فینبغی أن یلغی أمرهمـا ویکون العمـل بما سواهما علی أنه یحتمل الخبران وجهاً وهو أن یحملا علی من تکون عادته أن یأمر عبیـده بقتل الناس ویغریهم بذلک

ص: ۴۴

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۳۳.

....

الشَرح:

ویلجئهم إلیه، فإنّه یجوز للإمام أن یقتل من هذه حاله لأنّه مفسد فی الأرض» إنتهی(۱).

أقول: لا یخفی ما فی کلامه قدس سره أوّلاً حمل الروایتین علی صوره اعتیاد المولی بأمر عبده أو عبیده بقتل الناس لکونه مفسداً فی الأرض، ینافی الأمر بحبس العبد القاتل حتّی یموت حیث أنّ مقتضی الحمل المزبور أن یقتل العبد قصاصاً ومولاه لکونه مفسداً، کما أنّ حمل الروایتین علی صوره کون العبد صغیراً، لا یمکن فإنّه مع کون العبد صغیراً بمنزله الآله له لا موجب لحبسه حتّی یموت.

وثانیاً: ما ذکره قدس سره من أنهما تخالفان الکتاب العزیز والروایات، غیر تامّ، حیث أنّ غایه ما یمکن أن یقال هو أنّ مقتضی إطلاق الآله الاقتصاص من المباشر حتّی فیما کان عبداً قتل نفساً بأمر مولاه، فیرفع الید عن هذا الاطلاق بالروایتین کسایر الموارد التی یرفع الید عن اطلاق الآیه أو عمومها بالخبر المقیّد أو الخاص وشیء من الروایات لم یرد فی الاقتصاص عن العبد القاتل بأمر مولاه غایه ألأمر مقتضی الاطلاق فی بعض الروایات کصحیحه زراره المتقدمه جریان القصاص علی العبد فیرفع بهما عن إطلاقها أیضاً. هذا کلّه فی المملوک البالغ العاقل.

وأمّا إذا کان صغیراً فیکون الصغیر کسوط المولی وسفیه بالفحوی ولذا یتعلّق علی مولاه القود ومع خطائه فی أمره یتعلّق علیه الدیه، کما لا یخفی.

وقد ذکر الماتن قدس سره أنّه لو کان المأمور ممیّزاً عارفاً غیر بالغ وهو حرّ فلا قود لا علی الآمر ولا علی المأمور لصغره، بل تکون الدیه علی عاقله الصبی کما هو مقتضی

۱- (۱) التهذیب: ج ۱۰، ص ۲۲۰.

....

الشَرح:

ما ورد من أنّ عمد الصبی خطأ تحمله العاقله.

وأما إذا كان المامور عبداً ممیزاً تتعلق الجنایه برقبته.

ولکن مقتضی ما ذکرنا أنّه لا فرق فی الممیز وغیره فی أنّ القود علی مولاه ومع خطأ المولی یکون علیه الدیه بلا فرق بین کون العبد بالغاً أو صغیراً.

الأول: لو قال اقتلنی وإلاّ قتلتک

فروع

الأول: لو قال اقتلنی وإلاّ قتلتک[۱] لم یسغ القتل، لأن الاذن لا یرفع الحرمه ولو باشر لم یجب القصاص، لأنّه کان ممیّزاً أسقط حقّه بالاذن فلا یتسلّط الوارث.

الشَرح:

[۱] أقول: إذا قال شخص لآخر: اقتلنی وإلاّ اقتلنّک، ففی هذا صورتان:

إحداهما: أنّ المکره یعلم أو یطمئن بأنّه لو لم یقتله لما توجّه إلیه الضرر المتوعّد به فلا ینبغی التأمّل فی أنّه لا یجوز له قتل الآخر، حیث أن إذنه فی قتله لا یوجب ارتفاع الحرمه.

وما قیل من أنّ قتله وإن کان محرّماً أنّه لا یتعلّق علی المأمور القاتل القود، لأنّ المقتول بأمره أسقط ضمان النفس کما إذا أمره باتلاف ماله بإلقائه فی البحر فإنّه وإن لم یجز للمأمور إلقائه فی البحر، لأنّه تضییع وتبذیر للمال إلاّ أنّه إذا ألقاه فیه لم یکن علیه ضمان.

ولکن لا یخفی ما فی القیاس فإنّ ضمان المتلف مال الغیر إنّما هو من جهه حرمه ماله وإذا أسقط المالک حرمه ماله بالاذن لإتلافه بلا عوض فلا یبقی موجب للضمان وللمالک سلطنه علی ذلک وهذا لا ینافی عدم جواز الاتلاف بالمباشره أو بالتسبیب تکلیفاً بانطباق عنوان محرّم علیه من تضییع المال أو غیره، وهذا بخلاف إتلاف النفس والعضو، فإنّه لیس للإنسان سلطنه علی إتلافهما أو إسقاط حرمتهما لیکون إذنه للغیر فی الاتلاف إسقاطاً لاحترامهما.

وعلی الجمله، القصاص نفساً أو طرفاً لیس عوضاً للتالف بل هو حق للجزاء علی الجنایه جعله الشارع لولیّ القصاص بعد فعلیّه الحقّ وما فی کلام الماتن وجماعه عدم

الثانی: لو قال اقتل نفسک

الثانی: لو قال اقتل نفسک[۱] فإن کان ممیّزاً فلا شیء علی الملزِم وإلاّ فعلی الُملزَم القود. وفی تحقّق إکراه العاقل هنا إشکال.

الشَرح:

القصاص فی الفرض، لأنّه أسقطه بالإذن فلا یتسلّط الوارث، لا یمکن المساعده علیه.

ومما ذکرنا، ظهر أنّه لا ینفذ إذن الإنسان لغیره، لقلع عینه أو قلبه أو کلیته للترقیع إلی بدن مریض بالعوض أو مجاناً مع حیاته أو بعد موته لما ذکرنا من عدم سلطنه الشخص علی قتل نفسه أو الجنایه علیها بقطع عضوه لا حال حیاته ولا بعد مماته لیجوز الجنایه مع إذن صاحب العضو.

نعم یقال لا بأس بالترقیع یعنی العملیه الجراحیه لمن یتصدّی لها مع إذن صاحب العضو بنحو الوصیه أو بدونها، وفیما کان العضو من الحی مع عدم کون المقطوع منه من الأجزاء الرئیسه فإنّ الجنایه علی المیت أو قطع العضو من الحی وإن لم یکن فی نفسه عملاً جائزاً إلاّ أنّه فی مقام التزاحم بینه وبین وجوب إحیاء النفس الذی فی معرض التلف یجوز لأنّ إحیاء النفس أهمّ فلا أقلّ من احتمال الأهمّیه أو الأقل من عدم احتمال الأهمیه فی ناحیه قطع العضو من الحی أو المیت.

ولکن لا یخفی أنّه لا سبیل لنا إلی إحراز وجوب إحیاء النفس المنحصر مقدمته فی المحرم الذی یعدّ جنایه علی الحی أو المیت بل مقتضی حرمه الجنایه عدم التکلیف بوجوب الاحیاء، والاستدلال علی أهمیه الإحیاء بجواز الجنایه علی الغیر حفظاً للنفس کما إذا قال: اقطع ید زید وإلاّ أقتلک، غیر تام، لأنّ حرمه الإلقاء فی الهلکه أهمّ أو محتمل الأهمیه من قطع عضو الغیر ونحوه، بخلاف إحیاء النفس المشرفه علی الموت بالمرض، حیث أنّ وجوب إحیائها المتوقف علی الجنایه علی الغیر غیر معلوم فضلاً عن أهمیته، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] لو قال اقتل نفسک فإن کان المأمور ممیّزاً أو بالغاً عاقلاً فقتل نفسه لم یتعلّق

....

الشَرح:

بالمكره قود ولا ديه بل يحبس إلى أن يموت لما تقدّم. وإن كان غير مميّز يتعلّق بالمكره القود.

وقد يقال بتحقّق الإكراه المجوّز لقتل النفس فيما إذا كان ما توعّد به من القتل من نوع أصعب(۱).

ولكن هذا غير صحيح لعدم جواز قتل النفس بوجه وإلّا جاز قتل النفس اضطرار فيما إذا كان مرضه المهلك موجباً تحمّل الزجر مدّه طويله، وأمّا إذا لم يكن فى البين إلّا مجرّد الأمر من دون توعّد فقد ذكر الماتن قدس سره عدم شيء على الملزم فيما إذا كان المأمور مميزاً.

ولكن لا يبعد جريان الحبس عليه لعدم احتمال الفرق بين الأمر بقتل الغير أو بقتل نفسه كما لا يخفى.

ينبغى التعرّض فى المقام لأمر وهو أنّه إذا علم المكلّف بأنّه لو لم يقتل نفسه يبتلى بالمحذور الأشدّ وما فيه وزره أعظم كما قد يتّفق ذلك للأسير بيد أعداء الدين حيث قد يعلم أنّه لو لم يقتل نفسه لم يتحمّل ما يفعله الأعداء من الزجر والعذاب، لأن يكشف لهم أسرار المسلمين ومكان قوّتهم ولا يجد عند زجرهم أيّ وسيله لكتمان ما يريدون منه ومع الكشف عن أسرار المؤمنين ومكان قوّتهم تقع هزيمه يصعب عليهم تحمّلها ولا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا أحرز مؤمن حال الأسير وعدم تحمّله زجر الأعداء ويكشف لهم ما فيه ضرر عظيم وصدمه شديده على المؤمنين يجب عليه التسبيب إلى قتله بيد الأعداء لو أمكن وإلّا يباشر قتله لكون ما يترتّب على ترك قتله أشدّ وأعظم

۱- (۱) مبانى تكمله المنهاج: ج ۲، ص ۱۷.

الثالث: يصحّ الإكراه فيما دون النفس

الثالث: يصحّ الإكراه فيما دون النفس، فلو قال: اقطع يد هذا أو هذا وإلّا قتلتك، فاختار المكره أحدهما ففى القصاص تردّد[١] منشأه أنّ التعيين عرى عن الإكراه والأشبه القصاص على الآمر لأنّ الإكراه تحقّق والتخلّص غير ممكن إلّا بأحدهما.

الشَرح:

بمراتب من قتله ولكن لا ـ يجوز للأسير المزبور المطلع على حاله وعدم تحمّله الزجر قتل نفسه بل يجب عليه الكتمان وعدم الكشف عن أسرارهم المؤمنين ومكان قوّتهم وغير ذلك ولو عند الزجر بأىّ مرتبه.

نعم، إذا علم من حاله عدم التحمّل وأنّه يكشف الأسرار أثناء الزجر يكون قتل نفسه جائزاً لإرشاد العقل إلى اختيار أقل الوزرين نظير ما ذكر فى توسّط الغاصب فى أرض مغصوبه من اختيار التصرّف الخروجى من باب أنّه ارتكاب بما فيه الوزر الأقل.

وعلى الجمله قد تقدّم ما يظهر منه عدم جواز قتل الإنسان نفسه لا بالإكراه ولا بالاضطرار فى حال، كما لا يجوز له قتل مؤمن من غير حقّ لا بالإكراه ولا بالاضطرار إلّا فى مورد توقّف التحفظ على المصلحه الأهم ودفع الصدمه الشديده المتوجّهه على الحوزه الأسلاميه والمؤمنين عليه. وفى مورد الجواز أو الوجوب كما ذكرنا يسقط القود على القاتل وينتقل الأمر إلى الديه لاحترام دم المؤمن وأنّه لا يذهب هدراً، واللّه العالم.

[١] مراده قدس سره أنّ الإكراه على الجنايه على الغير يوجب ارتفاع حرمتها كما إذا قال: اقطع يد هذا وإلّا قتلتك، فله قطع يده وإذا قطعها يكون القصاص على المكره بالكسر ، لأنّ السبب مع جريان الاكراه أقوى من المباشر ولا يكون على المكره بالفتح شيء. وكذا ذكروا أنّه لو أكرهه على إتلاف مال الغير يكون ضمان إتلافه على المكره بالكسر ولا يجوز للمالك الرجوع إلى المكره بالفتح .

الصوره الثالثه: لو شهد اثنان بما يوجب قتلاً كالقصاص

الصوره الثالثه: لو شهد اثنان بما يوجب قتلاً ـ كالقصاص، أو شهد أربعه بما يوجب رجماً كالزنا، وثبت أنهم شهدوا زوراً بعد الاستيفاء لم يضمن الحاكم

الشَرح:

ولكن ما ذكروه من ثبوت القود على المكره بالكسر بدعوى أنّ استناد القطع إليه أولى وأقوى من استناده إلى المباشر لا يخفى ما فيه، لأنّه يصحّ أن يقال إنّه لم يقطع يده بل قطعه فلان بإكراه منه، ولذا استشكل فى القواعد فيما ذكروه بل المتعين فى الفرض ثبوت الديه على المكره بالفتح لفرض جواز قطعه الموجب لارتفاع الجنايه ظلماً وعدواناً. نعم للمكره بالفتح الرجوع إلى المكره بالكسر فيما خسره من الديه حيث أنّه أتلفها عليه بإكراهه.

وبهذا يظهر الحال فيما لو قال له اقطع يد هذا أو ذاك وإلّا قتلتك فإنّه لا يتعلّق بالمكره بالفتح إلّا الديه، وليس على المكره بالكسر إلّا التعزير مع عدم كونه مفسداً فى الأرض، وذكر إيضاً فى الإكراه على إتلاف المال ضمان المكره بالفتح غايه الأمر يرجع إلى المكره لإتلافه عليه بإكراهه.

وإيضاً ظاهر الماتن وغيره أنّ جواز الجنايه لقاعده رفع الأكراه وذكرنا فيما تقدّم عدم جريان الأكراه فى موارد يكون رفع التكليف فيها خلاف الامتنان وإنّما يجوز الجنايه على الغير فى طرفه أو ماله للمزاحمه بين حرمه إضرار الغير والجنايه عليه وبين وجوب التحفظ على نفسه ولو لم يكن الثانى أهمّ فلا أقلّ من احتمال كونه أهم.

وتظهر الثمره بين جريان الإكراه وبين ملاحظه التزاحم فيما لو قال: اقطع يد فلان وإلّا قطعت يديك فإن قيل بجواز القطع لرفع الإكراه جاز قطع يده لأنّ الضرر المتوعّد به على تركه، أكثر من اضراره بخلاف ما إذا قلنا أنّ الجواز للتزاحم فإنّ حرمه الجنايه على الغير بقطع يده مع وجوب التحفظ على يديه متزاحمان ولا سبيل لنا إلى إحراز الأهميّه فى وجوب التحفظ على يديه بل ولا احتمال الأهميّه من دون احتمالها

ولا الحدّاد وكان القود على الشهود[۱]، لأنّه تسبيب متلف بعاده الشرع.

نعم، لو علم الولى وباشر القصاص كان القصاص عليه دون الشهود، لقصده إلى القتل للعدوان من غير غرور.

الشَرح:

فى ناحيه حرمه قطع يد الغير.

[۱] الصوره الثالثه من المرتبه الرابعه التى يكون انضمام فعل إنسان آخر دخيلًا فى تحقّق القتل، ما إذا شهد اثنان بما يوجب قتلًا كما إذا شهدا بموجب القصاص أو شهد أربعه بما يوجب الرجم كالزنا وثبت أنّهم شهدوا بالموجب زوراً وبهتاناً فإنّه لا خلاف فى ضمان الشهود وأنّه يتعلّق عليهم القود، لما ذكرنا فى بحث الشهاده من اعتبار الشارع شاهد الزور متلفاً فى الأموال وغيرها.

وفى معتبره مسمع كردين عن أبى عبداللّه عليه السلام المرويه فى الفقيه «فى أربعه شهدوا على رجل بالزنا فرجم ثمّ رجع أحدهم فقال شككت فى شهادتى قال: عليه الديه قال: فإنّه قال شهدت عليه متعمّداً، قال: يقتل»(۱).

والمراد أنّ عليه ربع الديه أو القتل بعد إرجاع ثلاثه أرباع الديه إلى أوليائه، بقرينه غيرها كمعتبره السكونى الآتيه.

ومنها صحيحه إبراهيم بن الأزدى، قال: «سألت أبا عبداللّه عن أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته قال: فقال: يقتل الرابع (الراجع) ويؤدّى الثلاثه إلى أهله ثلاثه إرباع الديه»(۲).

والمراد من رجوعه، الاعتراف بتعمّده بقرينه غيرها.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۰.

الرابعه: لو جنى عليه فصيّره فى حكم المذبوح

الرابعه: لو جنى عليه فصيّره فى حكم المذبوح[۱]، وهو أن لا ـ تبقى حياته مستقرّه وذبحه آخر فعلى الاوّل القود وعلى الثانى ديه الميت واذا كانت حياته مستقرّةً فالأول جارح والثانى قاتل سواء كانت جنايته مما يقضى معها بالموت غالباً كشقّ الجوف وآلامه أو لا يقضى به كقطع الانمله.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام . . . «وقال فى أربعه شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجامعها وهم ينظرون، فرجم ثمّ رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الديه إذا قال شبّه علىّ، وإذا رجع اثنان وقالا شبّه علينا غرّما نصف الديه، وإن رجعوا كلّهم وقالوا: شبّه علينا غرّموا الديه، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً»(۱).

وعلى ذلك فهذه الروايات ونحوها تنفى ضمان الديه عن الحاكم والحدّاد وتثبت ضمانها أو القود على الشهود، وهذا يجرى فى الشهاده بموجب القصاص أيضاً.

نعم، لو استوفى الولى القصاص بعد ثبوت موجبه عند الحاكم، وكان عالماً بتزوير الشهود وبطلان شهادتهم، يكون القصاص على الولى، لأنّه قاتله عدواناً من غير غرور.

وأمّا إذا لم يباشر الولى القصاص وطلب من الحدّاد الاستيفاء فهل يكون الحال كما اذا باشره فى تعلّق القصاص على الوليّ أو يكون الوليّ فى الفرض أحد الشركاء فى التقل لا يبعد الأول لاستناد القتل إلى طلبه مع علمه بالحال.

[۱] ذكروا أنّه لو جنى على شخص فجعله فى حكم الإنسان المذبوح بأن لا تبقى له معها حياه مستقره والمراد بعدم بقاء الحياه المستقره، عدم بقاء إدراك وشعور ولا نطق ولا حركه اختياريه له ثمّ ذبحه آخر، كان القود على الجانى الأول، وعلى الثانى

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۳.

....

الشَرح:

دیه الجنـایه علی المیت، حیث أنّه یصـدق فی الفرض علی الأـول أنّه قـاتله والجنایه الثانیه الوارده علیه لا تقصـر عن الجنایه علی المیت قطعاً فیکون علی الثانی دیه الجنایه علی المیت.

وأمّـا لو کـانت حیاته مسـتقره یتعلق القصاص بالجانی الثانی حیث یسـتند قتله إلیه حتّی لو فرض أنّ الجنایه الأولی کانت مفضـیه إلی موته أیضاً لو لا الجنایه الثانیه فإنّ الجنایه الثانیه تمنع عن سرایه الأولی وإفضائها إلی الوت.

وربمـا یتبـادر إلی الـذهن أنّ مـا ذکروا فی المقام من أنّ مع عـدم بقاء الحیاه المسـتقره فی المجنی علیه بالمعنی المزبور یحسـب الجنایه الثانیه، جنایه علی المیت حتّی ما إذا کانت الجنایه الثانیه موجبه لتعجّل زهوق روحه، ینافی ما ذکروا فی باب التـذکیه من أنّه إذا تردّی حیوان من جبـل أو أصـابه بمـا لا یحلّ الصـید به وأدرکه وهو حیّ عینه تطرف وذنبه تتحرّک فـذکّاه، یکون حلالاً فإنّه یعمّ ما إذا کانت طرفه عینه وتحرّک ذنبه غیر اختیاریّ وبـدءً لزهوق روحه ولو کانت الجنایه الثانیه فی الإنسان المزبور جنایه علی المیت یکون فری الأوداج فی الحیوان فی المثال من قطع أوداج الحیوان المیت.

ولکن الجواب أنّ ممـا ذکروا فی تـذکیه الحیوان مقتضـی الروایـات الوارده فی أنّه مع قطع أوداج الحیوان بالذبـح قبـل أن یزهق روحه ذکاه فیحلّ بها أکله.

وذکر فی القواعـد أنّه لو قتـل مریضـاً مشـرفاً وجب القود، وظـاهر صاحب الجواهر قـدس سـره حمله علی صوره الحیاه المسـتقرّه للمشـرف بـالمعنی المتقـدّم وقرّره لصـدق القتـل عرفـاً ولکن نقـل عن کشف اللّثـام ثبوت القود حتی فیما إذا لم یکن للمشـرف المزبـور الحیـاه المسـتقره بـالمعنی المتقـدم وأنّه یتعلّـق القـود بالجـانی فی کلتـا الصـورتین لصـدق القتـل وفرق بین الجـانی علی المشرف وما تقدّم من الجنایتین مع

ص :۵۴

الخامسه: لو قطع واحد يده وآخر رجله فاندملت إحداهما ثم هلک

الخامسه: لو قطع واحـد يده وآخر رجله فاندملت إحداهما ثم هلک[۱]، فمن اندمل جرحه فهو جارح والآخر قاتل يقتل بعد ردّه ديه الجرح المندمل.

الشَرح:

فرض عـدم حياه مستقره للمجنی عليه بالجنايه الأولی بأنّ الموجب للقصاص من الجنايتين ما إذا استند تلف النفس إليها هـذا لا يجری فی المريض وليس موجب تعلق القصاص فی الجنايه علی المريض المشرف أنّ المريض ربّما تنتهی حالته إلی مثل تلک الحاله ثم يبرأ لا ان هذا مشترک بين المريض والمجنی عليه.

ولکن نـاقش فی هـذا الکلام بـأنّه مع فرض المريض من عـدم بقـاء الحيـاه المستقره له لا ـ وجه للقود فيه وفرض البرء مع الحاله المزبوره لا يتحقق لا فی المجنی عليه ولا فی المريض المفروض(۱).

أقول: الظاهر هو الفرق فی استناد القتل بين الفرضين کما يظهر بالتأمّل، وأن لا يطرء فيهما إلّا بنحو خرق العاده.

[۱] المراد استناد موته إلی الجرح غير المندمل وأنه أهلکه بالسرايه فيکون علی الجارح المزبور القصاص فيما إذا کان قصده من الجنايه قتله حيث أنّ قطع اليد أو الرجل لا يکون مما يقتل به عاده، وقد تقدّم أنّ الموجب للقصاص فی الهلاک مع السرايه أحد الأمرين، إمّا قصد القتل أو کون الجرح مما يقتل مثله، وأمّا الجارح الآخر المندمل الجرح الوارد بجنايته، فإن کان بقصد القتل أم لا فعليه القصاص فی الطرف أو الديه مع التراضی، وظاهر الماتن وغيره أنّه يقتص قصاص النفس من الجانی الذی هلک المجنی عليه بسرايه جرحه بعد ردّ نصف الديه عليه أیّ ديه العضو الذی اندمل جراحته وقيّده بعضهم الردّ بما أخذ من الجانی الديه.

أقول: مقتضی القاعده أنّ الجانی الذی سرت جنايته يتعلّق عليه القصاص يعنی

۱- (۱) جواهر الکلام: ج ۴۲، ص ۵۸ ۵۹.

....

الشَرح:

قصاص النفس من غير أن يرد عليه نصف الديه فإنّ ردّ الديه على الجانى الذى ترتّب على جنايته هلاك المجنى عليه يكون فيما إذا جرح اثنان شخصاً فمات بسرايه جراحتهما أو جنايتهما فإنّه يردّ أولياء المقتول نصف الديه على كلّ منهما إن أرادوا القصاص من كلّ منهما وإن أخذوا من أحدهما الديه أو عفوا عنه ولم يأخذوا منه القصاص ولا الديه وأرادوا قتل الآخر فعليهم ردّ نصف الديه عليه وأما إذا جنى واحد شخصاً فلم تسر جنايته وأخذ من الجانى الديه أو اقتصّ منه ثم جنى شخص آخر بجنايه قاتله أو بقصد قتله فسرت فمات يجوز لأوليائه القصاص من الجانى الثانى من غير ردّ الديه عليه، لأنّ قتل النفس مستند إليه أو إلى جنايته، فيتعلّق عليه قصاص النفس والمقام من هذا التقبيل لفرض اندمال أحد الجرحين وموت المجنى عليه بسرايه الجنايه الأخرى من شخص آخر.

ولكن فى روايه سوره بن كليب عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سئل عن رجل قتل رجلاً ـ عمداً، وكان المقتول أقطع اليد اليمنى، فقال: إن قطعت يده فى جنايه جناها على نفسه أو كان قطع فأخذ ديه يده من الذى قطعها فإن أراد أولياؤه أن يقتلوا قاتله أدّوا إلى أولياء قاتله ديه يده الذى قيد منها إن كان أخذ ديه يده ويقتلوه وإن شاؤوا طرحوا عنه ديه يد وأخذوا الباقى. قال: وإن كانت يده قطعت فى غير جنايه جناها على نفسه ولا ـ أخذ لها ديه قتلوا قاتله ولا يغرم شيئاً وإن شاؤوا أخذوا ديه كامله قال: وهكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام »(۱)، ولكن الروايه مع كونها مفصّله فى ردّ نصف الديه لضعفها لا يمكن رفع اليد بها عن القاعده التى أشرنا إليها مع عدم إمكان الالتزام

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۲.

فرع: لو جرحه اثنـان كلّ واحـد منهما جرحاً فمات[۱] فادّعى أحـدهما انـدمال جرحه وصدّقه الولى لم ينفذ تصديقه على الآخر، لأنّه قـد يحاول أخذ ديه الجرح من الجارح والديه من الآخر، فهو متّهم فى تصديقه، ولأنّ المنكر مدّع للأصل فيكون القول قوله مع يمينه.

الشَرح:

بمـدلولها فإنّ لازمه أن لا يكون على القاتل شىء فيما إذا كانت الجنايه القاتله خطأً أو كان المحنى عليه مقطوع اليد من قبل إلّا أم يلتزم بالتفرقه بين القصاص والديه.

[۱] إذا جرح كلّ من الاثنين شـخصاً بقصـد قتله وادّعى أحـدهما أنّ جرحه كان منـدملاً وصدّقه ولىّ المقتول فإنّ تصديق الولى نافـذ على نفسه، حيث إنّه إقرار منه بعـدم الحقّ له فى قتل مدّعى الاندمال ولو بردّ نصف الديه عليه بل له القصاص من الجرح أو أخـذ ديه المنـدمل، ولكن تصـديق الولى غير نافـذ بالإضافه إلى الجارح المنكر لانـدمال جرح شـريكه فلا يحقّ للولى قتل منكر الانـدمال قصاصـاً من دون ردّ نصف الـديه عليه، كمـا لاـ يجوز له مطـالبته بتمـام ديه النفس، وما فى عباره الماتن من عـدم نفوذ تصـديق الولى لمـدّعى الانـدمال بالإضافه إلى منكره لكونه قد يحاول بتصديقه أن يأخذ ديه الجرح من الجارح وديه النفس من الآـخر فهو لايساعـد ما تقـدّم منه فى المسأله الخامسه من أنّه لو أريـد القصاص من الجانى الـذى سـرت جنايته ردّت عليه الـديه المأخوذه من الجانى الذى اندمل جرحه اللّهم ان يوجّه بأنّ الردّ مختصّ بصوره قتله قصاصاً وأمّا إذا أخذت ديه النفس منه لا يرد عليه الديه المأخوذ للجرح المندمل ولكن فى التوجيه مالا يخفى.

وأمّا ما ذكره ثانياً من أنّ المنكر لانـدمال جرح شـريكه يدعى ما يوافق الأصل فيكون منكراً فيقدّم قوله مع حلفه للولى على عدم الاندمال فهو أمر صحيح.

ونتيجه ذلك أنّه لا يجوز للولى الاقتصاص منه إلّا بعد ردّ نصف الديه عليه أو أخذ نصف الديه منه.

السادسه: لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه

السادسه: لو قطع يـده من الكوع وآخر ذراعه فهلك قتلا به[۱]، لأنّ سـرايه الاول لم تنقطع بالثانى، لشياع ألمه قبل الثانيه، وليس كـذلك لو قطع واحـد يـده وقتله الآـخر، لأنّ السـرايه انقطعت بالتعجيل وفى الاُولى إشـكال. ولو كان الجانى واحـداً دخلت ديه الطرف فى ديه النفس إجماعاً منّا[۲] وهل يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس؟ اضطربت فتوى الأصحاب فيه، ففى النهايه: يقتصّ منه الشَرح:

[۱] لو جنى أحـد على شـخص جنـايه، ثمّ جنى آخر جنـايه فى موضع الجنايه الأولى، فمات المجنى عليه، كما إذا قطع واحـد يد شخص من الكـوع أى من الزنـد ممـا يلى طرف الإبهـام ثم قطع شـخص آخر ذراعه من اليـد المقطوعه فمـات المجنى عليه، يقع الكلام فى أنّ الجنايه الأولى تنقطع سـرايتها بالجنايه الثانيه ويتعلّق قصاص النفس بالجانى الثانى وأنّ الأوّل جارح نظير ما إذا قطع واحد يد إنسان وقتله آخر فإنّه لا ينبغى التأمّل فى أنّ الثانى قاتل والأول جارح، كما تقدّم، أو أنّ الجنايه الثانيه أى قطع الذراع لا تقطع سـرايه الأولى فهما مشتركان فى القتل يجوز الاقتصاص بالنفس من كليهما، ذكر الماتن قدس سـره كغيره أنّ الجنايه الثانيه لا تقطع سـرايه الأولى، فإنّ قطع اليـد من الكوع أوّلاً قـد أحـدث فى بـدن المجنى عليه ألماً لا ينقضـى بحدوث الجنايه الثانيه ولا يقاس بما ذكر من قطع واحد يده أوّلاً ثم قتله آخر حيث أنّ القتل يقطع سرايه الجنايه الأولى، ثم استشكل فى عدم انقطاع سرايه قطع اليد من الكوع أوّلاً بقطع الذراع ثانياً.

أقول: المعيار فى كون الاثنين مشتركين فى القتل اسـتناد موت المجنى عليه إلى جنايتهما عرفاً، فإن استند إليهما يتعلّق القود بكلّ منهمـا وإلاّ ـ يكون القاتـل هو الـذى اسـتند الموت بجنـايته كما إذا كان الجنايه الثانيه جنايه قاتله ولو بلحاظ وقوع الجنايه الأولى قبلها، ويكون الأول جارحاً، كما تقدّم.

[۲] ثم يقع الكلام فيما إذا قطع واحد يد إنسان من الكوع أوّلاً، ثمّ قطعها من

إن فرّق ذلك وإن ضربه ضربه واحدةً لم يكن عليه أكثر من القتل، وهى روايه محمد بن قيس عن أحدهما. وفى المبسوط والخلاف: يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس، وهى روايه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام . وفى موضع آخر من الكتابين: لو قطع يد رجل ثم قتله قطع ثم قتل، والأقرب ما تضمنّته النهايه لثبوت القصاص بالجنايه الأولى، ولا كذا لو كانت الضربه واحده.

الشَرح:

الذراع ثانياً، فمات، فإن كان القطع مما يوجب الديه أصاله فتدخل ديه الطرف فى ديه النفس على ما ذكر الماتن وغيره من أنّ ديه الطرف تدخل فى ديه النفس بالإجماع وظاهره كما صرّح به غير واحد بعدم الفرق بين أن تكون الجنايتان بضربه واحده أو بضربتين، وقيل بالفرق وأنّ دخول ديه الطرف فى ديه النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده ويؤخذ من الجانى ديه الطرف وديه النفس فيما استند الموت إلى الجنايه الثانيه مع كونهما بضربتين. نعم لو استند الموت إلى سرايه الجنايتين لا يكون إلّا ديه النفس، وعلى ذلك يقع الكلام فى مقامات:

الأول: فى دخول ديه الطرف فى ديه النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده.

والثانى: دخول ديه الطرف فى ديه النفس وعدم دخولها فيها إذا كانت الجنايتان بضربتين.

والثالث: فى دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده.

والرابع: دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس أو عدم دخوله فيه فيما إذا كانت الجنايتان بضربتين.

أمّا المقام الأول، فالظاهر عدم خلاف فى دخول ديه الطرف فى ديه النفس،

....

الشَرح:

ويمكن الاستدلال عليه بصحيحه أبى عبيده الحذّاء، قال: «سألت أبا جعفر عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتّى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاه ولا يعقل ما قال ولا ماقيل له فإنّه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه وبين السنه أقيد به ضاربه وإن لم يمت فيما بينه وبين السنه ولم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الديه فى ماله لذهاب عقله قلت: فماترى عليه فى الشجّه شيئاً؟ قال: لا، لأنّه ضرب ضربه واحده فجنت الضربه جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت بوحده وتطرح الأخرى فيقاد به ضاربه» الحديث(1)، فإنّ مفادها دخول ديه شجّه الرأس فى ديه ذهاب العقل الذى لا يحتمل الفرق بينه وبين النفس، وتعليل هذا التداخل بوقوع الجنايتين بضربه واحده مقتضاها عدم التداخل مع عدم وقوع الجنايتين بضربه واحده بأن حصل كل منهما بضربه مستقله، اللّهم إلاّ أن يدّعى أنّ هذا التعليل راجع إلى غير الجنايه على النفس فلا يجرى فى الجنايه على الطرف والنفس، ولكن الدعوى ضعيفه فانّ ظاهرها أنّ مع تعدّد الضربات يلزم على الجانى كلّ جنايه حاصله منها مالم تنتهى الجنايه الحاصله من بعضها إلى قصاص النفس، ولذا يكون مقتضى الصحيحه عدم تداخل ديه الطرف فى ديه النفس مع تعدّد الضربات.

نعم، يبقى فى المقام دعوى إجماع الماتن وغيره بالتداخل، فإنّ تمّ فيرفع اليد به عن ظاهر الصحيحه وإلاّ فمقتضى الأصل عدم التداخل، ثم انّ عدم التداخل فيما إذا لم

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٧ من أبواب ديات المنافع، الحديث ١: ٢٨١.

....

الشَرح:

يستند الموت إلى مجموع الجنايات وإلّا فلا ينبغى التأمّل فى أنّ الثابت ديه النفس خاصه ويبعد الالتزام بأنّه لو جنى شخص على الآخر خطأً بأن قطع يده ثم بعد مضى زمان طويل قتله خطأً فيلتزم بديّه النفس خاصّه ومن هنا فصّل بعضهم بين الجنايتين بضربتين مع وقوع فصل بين الضربتين بقليل أو كثير، واستشكل فى التداخل فى القسم الأخير، وهذا كلّه فيما إذا كانت ديه الجنايه ثابته بالأصل، وأمّا مع وقوع الصلح على الديه مع اطلاق الديه فيبتنى التداخل على دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس وعدمه.

ولا ينبغى التأمّل فى دخول الجنايه على الطرف فى الجنايه على النفس إذا كانت الجنايتان بضربه واحده، فيتعلّق على الجانى القود خاصّه، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أحدهما عليه السلام «فى رجل فقأ عينى رجل وقطع اذنيه ثم قتله فقال: إن كان فرّق ذلك اقتصّ منه ثمّ يقتل وإن كان ضربه ضربه واحده ضربت عنقه ولم يقتصّ منه»(۱).

وفى صحيحه حفص بن البخترى قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب على رأسه فذهب سمعه وبصره واعتقل لسانه ثمّ مات فقال: إن كان ضربه ضربه اقتصّ منه ثمّ قتل وإن كان أصابه هذا من ضربه واحده قتل ولم يقتصّ منه»(۲) وظاهر هاتين أنّ مع تعدّد الضربات لا تداخل فى البين، ولكن ظاهر صحيحه أبى عبيده المتقدّمه هو التداخل حيث ورد فيها أنّ مع تعدّد الضربات لا تتداخل الجنايه الحاصله من ضربه فى الجنايه الحاصله من ضربه أخرى ما لم يكن فى البين قتل حيث مع وقوع القتل يقتصّ

ص :۶۱

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۳.

وكذا لو كان بسرايته كمن قطع يد غيره فسرت إلى نفسه فالقصاص فى النفس[۱] لا فى الطرف.

مسائل من الاشتراک

الأُولى: إذا اشترک جماعه فى قتل واحد

الأُولى: إذا اشترك جماعه فى قتل واحد قتلوا به والولىّ بالخيار بين قتل الجميع بعد أن يردّ عليهم ما فضل عن ديه المقتول فيأخذ كلّ واحد منهم ما فضل من ديته عن جنايته وبين قتل البعض ويردّ الباقون ديه جنايتهم فإن فضل للمقتولين فضل قام به الولى[۲].

الشَرح:

من الجانى وتترك الجنايات الأخرى.

وربما يقال تحمل صحيحه أبى عبيده الظاهره فى دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس مع تعدّد الضربات على صوره الموت بالسرايه من الجنايات فإن أمكن هذا الجمع فهو وإلاّ لا يؤخذ بصحيحه محمد بن قيس وحفص لموافقتها الكتاب العزيز الدالّ بإطلاقه على ثبوت القصاص فى الطرف والنفس.

وربما يقال بأنّ مقتضى ما ورد فى النهى عن التمثيل بالقاتل وإن مثّل هو بغيره وقتله دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس ولكن لا يخفى أنّ التمثيل به غير القصاص فى الطرف والنفس.

[۱] وذلك فإنّ القتل لا ينفكّ عادةً عن الجرح والجنايه على الطرف فمع موت المجنى عليه بسرايته تكون الجنايه قتلاً ويثبت مقتضاه من ديه النفس أو القود.

[۲] فيما اشترك اثنان أو الأزيد فى قتل أحد ظلماً يكون الخيار لولى المقتول فى القصاص عن كل واحد منهم أو يأخذ الديه، فلو اشترك ثلاثه فى قتل رجل فلولىّ المقتول أن يقتل كلّ واحد منهم ويردّ عليهم الفاضل من ديه جنايتهم بأن يردّ ثلثى الديه على أولياء كل واحد منهم فيكون عليه ديتا النفس.

....

الشَرح:

وإن اقتصّ عن واحد يردّ كلّ واحد من المتروكين ثلث الديه على أولياء المقتول قصاصاً ولا يكون على ولى القصاص شىء، وإن قتل منهم اثنين قصاصاً يردّ المتروك ديه جنايته أى ثلث الديه على أولياء كلّ من المقتولين قصاصاً بأن يعطى كلًا من أوليائهما سدس الديه وعلى الولى إكمال ثلثى الديه على أولياء كلّ منهما بأن يردّ على كلّ منهما نصف الديه، يعنى ثلثاً وسدساً ليتمّ لكلّ منهما ثلثا الديه.

ويظهر من كلمات الأصحاب التسالم على أمر وهو أنّ أولياء المقتول قصاصاً فى الفرض الثانى لا ـ يطالبون الفاضل من ديه مقتولهم من ولىّ القصاص بل المطالب به شريكاه فى القتل، وهكذا فى الفرض الثالث يطالب أولياء المقتولين قصاصاً كلّ منهما الشريك المتروك بسدس ديه مقتولهم ولا ـ يحقّ لها مطالبه ولىّ القصاص به، وهذا الحكم وإن كان على خلاف القاعده لأنّ اتلاف مقتولهم فعل ولىّ القصاص فهو الضامن لما أتلفه عليهم، إلّا أنّه لابدّ من الالتزام بالمتسالم عليه فإنّه يستفاد من الروايات المعتبره الوارده فى حكم الشركاء فى القتل، كصحيحه داود بن سرحان عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين قتلا رجلًا قال: إن شاء أولياء المقتول أن يؤدّوا ديه ويقتلوهما جميعاً قتلوهما»(۱). وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى عشره اشتركوا فى قتل رجل قال: يخيّر أهل المقتول فأيّهم شاؤوا قتلوا ويرجع أوليائه على الباقين بتسعه أعشار الديه»(۲)، ومدلولهما كون الفاضل من ديه جنايه المقتول قصاصاً على المتروكين نظير الفرض الثانى من المثال الذى ذكرنا، وفى صحيحه عبداللّه بن

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۲۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۲۹.

....

الشَرح:

مسكان عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجلين قتلا ـ رجلاً ـ قال: إن أراد أولياء المقتول قتلهما أدّوا ديه كامله وقتلوهما وتكون الديه بين أراد المقتولين فإن أرادوا قتل أحدهما قتلوه وأدّى المتروك نصف الديه إلى أهل المقتول، وإن لم يؤدّ ديه أحدهما ولم يقتل أحدهما قبل الديه صاحبه من كليهما وإن قبل أولياء الديه كانت عليهما»(۱).

وفى معتبره الفضيل بن يسار قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : عشره قتلوا رجلًا، قال: «إن شاء أوليائه قتلوهم جميعاً وغرموا تسع ديات، وإن شاؤوا تخيّروا رجلًا فقتلوه وأدّى التسعه الباقون إلى أهل المقتول الأخير عشر الديه كلّ رجل منهم ثم الوالى بعد يلى أدبهم وحبسهم»(۲).

ويظهر من هذه أنّ عفوّ ولى الدم عن القصاص أو حتى عن الديه أيضاً لا يوجب سقوط التعزير على الجانى فيكون للوالى أدبه وحبسه كما أنّ ظاهرها أيضاً كون الفاضل من ديه جنايه المقتول على المتروكين.

وفى صحيحه أخرى لابن مسكان عن أبى عبدالله عليه السلام إذ قتل الرجلان والثلاثه رجلاً ـ فإن أرادوا قتلهم ترادّو افضل الديات فإن قبل أوليائه الدّيه كانت عليهما وإلاّ أخذوا ديه صاحبهم(۳) ولا ـ يعارضها مثل معتبره أبى العباس وغيره عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إذا اجتمع العده على قتل رجل واحد حكم الوالى أن يقتل أيّهم شاؤوا وليس لهم أن يقتلوا أكثر من واحد، إنّ اللّه عز وجل يقول «ومن قتل مطلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴: ۳۰.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۶: ۳۰.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۵: ۳۰.

....

الشَرح:

فلا يسرف فی القتل».

والوجه فی عدم المعارضه أنّ هذه الروایه الدالّه علی أنّه لیس للولی قتل أکثر من واحد مطلقه تعمّ صوره امتناع الولی عن ردّ فاضل الدیه وصوره أدائه فاضلها، والروایات المتقدمه دالّه علی أنّ للولیّ قتل الجمیع أو الأکثر مع ردّه فاضل الدیه، فتحمل هذه الروایه علی صوره امتناعه عن ردّ فاضل الدیه فلیس له فی الفرض إلاّ قتل واحد، لأنّ مع قتل الواحد یکون الفاضل عن دیّته علی المتروکین کما تقدّم فی الروایات، ولو أغمض عن هذا الجمع العرفی یتعیّن طرحها لموافقتها لمذهب بعضهم من أنّه لیس للولی قتل الجمیع، لأنّه إسراف فی القتل حیث لم یذهب بالجنایه غیر نفس واحده.

ثم إنّ ظاهر الماتن أنّ ولیّ المقتول إذا أراد قتل الجمیع فلا یحقّ له قتلهم إلاّ بعد ردّه الفاضل من دیه جنایتهم حیث قال: فالولیّ بالخیار فی قتل الجمیع بعد ما یردّ علیهم ما فضل . . . إلخ، وقد صرّح بعض الأصحاب بذلک وعمّم کلّ مورد یکون ردّ فاضل الدیه علیه ولو فی غیر الاشتراک فی القتل، کما إذا قتل رجل امرأه وأراد أولیاء المرأه القصاص من الرجل فإنّه لا یحقّ لهم إلاّ بعد ردّ فاضل دیه الرجل، ویدلّ علی ذلک ما ورد فی صحیحه عبداللّه بن مسکان المتقدمه من قوله علیه السلام «إن أراد أولیاء المقتول قتلهما أدّوا دیه کامله وقتلوهما»(1) حیث أنّ فی ظاهرها أداء الفاضل علّق علی إراده قتل الجمیع لا علی قتلهم.

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی الرجل یقتل المرأه متعمداً فأراد

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۴: ۳۰.

وتتحقّق الشركه[۱] بأن يفعل كلّ واحـد منهم ما يقتل لو انفرد أو ما يكون له شـركه فى السـرايه مع القصد إلى الجنايه، ولا يعتبر التساوى فى الجنايه، بل لو جرحه واحـد جرحاً والآخر مائه جرح ثم سـرى الجميع فالجنايه عليهما بالسويه ولو طلب الـديه كانت عليهما نصفين.

الشَرح:

أهل المرأه أن يقتلوه قال: «ذاک لهم إذا أدّوا إلى أهله نصف الديه(۱) فإنّ ظاهرها أنّ حقّ القتل مشروط بأداء نصف الديه.

وفى صـحيحه أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السـلام «فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل، قال: إن أحبّ يقطعهما أدّى إليهما ديه يد أحد فاقتسماها ثم يقطعهما» الحديث(۲)، حيث إنّه لا فرق فى هـذا الحكم بين قصاص النفس وقصاص الطرف بل يمكن أن يلتزم - كما هو ظاهر بعض - أنّ هذا لا يختصّ بما إذا كان ردّ فاضل ديه جنايه الجانى على ولىّ القصاص، بل يعمّ ما إذا كـان إكمـال ردّ الفاضل عليه فلا يحقّ له القصاص إلاّ بعـد ردّ ما عليه من إكمال الفاضل، كما إذا كان القتل باشتراک ثلاثه وأراد الولى قتل اثنين منهم فإنّه لا يجوز له القتل إلاّ بعد ردّ ما عليه من ديه النفس لكلّ من الجانبين نصفها، واللّه العالم.

[۱] ذكر قدس سره أنّ الاشتراک فى قتل واحد يتحقّق فى موردين:

أحدهما: إذا فعل كلّ من المتعدّدين فعلاً يقتل الشخص غالباً لو انفرد بأن ضرب كلّ منهما ضربه قاتله.

وثانيهما: ما إذا كان الجرح من المتعدّد وإن يكن فعل كلّ قاتلاً، ولكن قتل

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۵۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فى الطرف، الحديث ۱: ۱۴۰.

الثانیه: یقتصّ من الجماعه فی الأطراف

الثانیه: یقتصّ من الجماعه فی الأطراف کما یقتصّ فی النفس، فلو اجتمع جماعه علی قطع یده أو قلع عینه فله الاقتصاص منهم جمیعاً بعد ردّ ما یفضل لکلّ واحد منهم عن جنایته، وله القصاص من أحدهم ویردّ الباقون دیه جنایتهم وتتحقّق الشرکه فی ذلک بأن یحصل الاشتراک فی الفعل الواحد، فلو انفرد کلّ واحد بقطع جزء من یده لم یقطع ید أحدهما وکذا لو جعل أحدهما آلته فوق یده والأخر تحت یده واعتمدا حتّی التقتا فلا قطع فی الید علی أحدهما، لأنّ کلًّا منهما منفرد بجنایته لم یشارکه الآخر فیها فعلیه القصاص فی جنایته حسب[۱].

الشَرح:

الشخص بسرایته مع قصد کل منهما قتله. ویتعین أن یلحق بهما مورد ثالث وهو ما إذا کان فعل کلّ أو بعضهم غیر الجرح ولم یکن الفعل من کل قاتلًا ومات الشخص بفعل المجموع کما إذا ضربه عشره بالسیاط فمات، فإذا کان مجموع السیاط الوارده علی جسمه قاتله أو قصد کلّ منهما قتله بضربه یتعلّق علی کلّ منهم القصاص لاستناد موته إلی الجمیع مع قصد کلّ منهم قتله أو قصد الفعل القاتل ولو بضمّ فعله إلی فعل السائرین، وعلی الجمله فالملاک فی اشتراک القتل استناد موته إلی الجمیع ولا یعتبر فی ذلک تساوی المشترکین فی عدد جنایتهم ولو جرح أحدهما جرحاً والآخر مائه وسرت الجنایات فمات، یکون علی کلّ منهم حقّ القصاص، فإنّ الملاک فی الاشتراک الاستناد عرفاً وفرض اعتبار التساوی فی الجنایات فی موارد الاشتراک فی القتل مع أنّه فرض نادر لم یتعرّض لاعتباره فی الروایات المتقدمه وغیرها، مما دلّ أنّ للولی قتل کلّ من المتعددین المشترکین فی قتل مولاّه کما لم یعتبر فیها وحده الجنایات فی الجنس، کما إذا جرحه أحدهم وضربه الآخر، ومقتضی اطلاقها عدم الفرق بین وحدتها فی الجنس والنوع أو اختلافها، کما لا یخفی.

[۱] ذکروا أنّ ما ذکروه فی الاشتراک فی القتل یجری فی الاشتراک فی الجنایه

....

الشَرح:

على الأطراف فإن كانت الجنايه على الطرف بنحو الاشتراک يتعلّق على كلّ من المشتركين فيها القصاص، فإن اقتصّ الولى من واحد يردّ الباقون على المقتصّ منه الزايد عن ديه جنايته، وإن اقتص الولى من الجميع يرد على كلّ الزايد على ديه جنايه كلّ من المشتركين على غرار ما تقدّم فى مسأله الاشتراک فى القتل، ويدلّ على ذلک صحيحه أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل قال: إن أحبّ أن يقطعهما أدّى إليهما ديه يد واحد [فاقتسماها ثم يقطعهما، وإن أحبّ أخذ منهما ديه يد [قال: وإن قطع يد أحدهما ردّ الذى لم تقطع يده على الذى قطعت يده ربع الديه»(1)، ومقتضاها أنّه إذا أراد القصاص من الجميع، فلابدّ من أن يكون القصاص من الجميع بعد ردّ فاضل الديه عليهم، بخلاف ما إذا أراد الاقتصاص عن أحدهم، فإنّه لا يتوقّف القصاص منه على ردّ الباقين فاضل الديه، بمعنى أن لا يحقّ للولى القصاص من أحدهم إلّا بعد ردّ الباقين الفاضل عن ديه جنايته عليه.

والمشهور ذكروا أنّ الاشتراک فى الجنايه على الطرف يختلف عن الاشتراک فى القتل، فإنّ الملاک فى الاشتراک فى القتل استناد موته إلى المتعدّدين وإن كانت جنايه كلّ منهم غير الجنايه الصادره عن الآخرين كما مرّ، بخلاف الجنايه على الطرف، فإنّ الاشتراک فيها يحصل فيما إذا صدر فعل واحد من المتعدّد بأن كان الفعل الواحد صادراً بنحو الاشتراک فى نفس الفعل المفروض، ولا عبره بوحده الأثر من فعلهما مع كون فعل كلّ منهما غير الفعل الصادر عن الآخر ولو انفرد كلّ منهما بقطع جزء من يده فسقطت يده فلا يقتصّ عن كلّ منهما بقطع اليد بل بمقدار جنايته إذا أمكن وإلّا ينتقل

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۴۰.

الثالثه: لو اشترک فی قتله امرأتان

الثالثه: لو اشترک فی قتله امرأتان[۱] قتلتا به ولا ردّ، إذ لا فاضل لهما عن دیته،

الشَرح:

الأمر إلی مطالبه الدیه. ومن هذا القبیل إذا وضع أحدهما سکّینه تحت الید والآخر فوق یده واعتمد کلّ منهما علی سکّینه فسقطت یده بالتقائهما فلا یقطع ید احدهما لأن کلّ منهما منفرد بفعل لم یشترک فیه الآخر، وإن سقطت یده بفعلهما. نعم لو قطع أحدهما بعض الید والآخر البعض الآخر من غیر أن یتلاقیا ثم سرت الجنایتان فسقطت یده یکون علی کلّ منهما القصاص، لأنّ السرایه المفروضه تحسب الفعل الواحد الصادر منهما بنحو الاشتراک فیه.

أقول: التفرقه بما ذکر بین الاشتراک فی القتل والاشتراک فی الجنایه علی الطرف مشکل جدّاً بعد استناد انقطاع یده إلیهما کانقطاع نفس المقتول إلی المتعدد وإنّ الاطلاق فی صحیحه أبی مریم الأنصاری أی عدم الاستفصال فی الجواب عن اشتراکهما فی قطع الید بالنحو المعتبر عند المشهور مع أنّه فرض لعلّه نادر ولا أقلّ من تعارف الفرضین یدفع اعتباره، واللّه العالم.

[۱] إذا اشترک أمرأتان حرّتان فی رجل، فللولیّ قتل کلّ منهما من غیر أن یردّ، لأنّ دیه الرجل تساوی ضعف دیه المرأه فلا فاضل لهما علی دیه الرجل. وفی صحیحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن امرأتین قتلتا رجلاً عمداً قال: یقتلان به، ما یختلف فی هذا أحد»(۱) وإن کنّ أکثر من امرأتین بأن کنّ ثلاثاً مثلاً فعلی کلّ منهنّ ثلث الجنایه، فإن قتل الولیّ الجمیع یردّ علی أولیاء کلّ منهنّ ثلث دیه المرأه حیث إنّ علیه دیه امرأه واحده فیعطیها إلی أولیاء المقتولین أثلاثاً، وإن قتل اثنین تردّ الثالثه ثلث دیه الرجل إلیهما بالسویه، لأنّ جنایه کلّ منهنّ الثلث من دیه الرجل المساوی ثلثی دیه المرأه وإن قتل الولی واحداً منهنّ فبما أنّ جنایه کلّ امرأه ثلث دیه الرجل المساوی

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۵: ۶۲.

ولو كنّ أكثر كـان للولى قتلهنّ بعـد ردّ فاضل ديتهنّ بالسويه إن كنّ متساويات فى الـديه وإلاّ كان أكمل لكلّ واحـد ديتها بعد وضع أرش جنايتها. ولو اشترک رجل وامرأه[١ [فعلى كلّ واحـد منهما نصف وللولى قتلهما، ويختصّ الرجل بالرد، وفى المقنعه يقسم الردّ بينهما أثلاثاً وليس بمعتمد. ولو قتل المرأه فلا ردّ.

الشَرح:

ثلـثى ديه المرأه يكون على البـاقيتين ثلثـان من ديه الرجـل المقتول، فيسـتحقّ أوليـاء المرأه المقتوله ثلث ديه المرأه حيث كـانت جنايتها مساويه لثلثى ديتها فيبقى على الباقيتين نصف ديه الرجل تردّانه على ولى مقتولهما.

ولو قتل رجلان امرأه فلولى المرأه القصاص من كلّ منهما بعـد ردّ ثلاثه أرباع ديه الرجل على كلّ من الرجلين أو أوليائهما، لأنّ جنايتهمـا معـاً تسـاوى نصـف ديه الرجـل، حيث إنّه ديه المرأه المقتـوله، فيكـون الفاضـل من ديه الرجلين ديه الرجلين ديه نفس ونصفها. فاللازم على الولى الرد على كلّ منهما ثلاثه أرباع ديه النفس.

[١] ولو اشترک رجـل وامرأه فى قتـل رجـل، فلوليّ المقتول أخـذ الـديه منهما فيكون على كلّ من الرجل الجانى والمرأه الجانيه نصف ديه المقتول كمـا هو مقتضـى اشتراک الاـثنين فى القتل، كما أنّ على الوليّ قتل المرأه وفى صوره قتلها فلا ردّ عليها، لأنّ جنايتها تساوى ديتها ويأخذ من الجانى نصف الديه كما أنّ له قتل الرجل وتردّ المرأه على أولياء الرجل الجانى نصف الديه على الرجل الجانى المساوى لجنايتها، ولو قتلهما الولى يردّ نصف الـديه على الرجل الجانى وليس لأولياء المرأه الجانيه ردّ، لما تقـدم من أنّ جنايتهـا تساوى ديتها، بخلاف الرجل الجانى فإنّه اسـتوفى منه ضـعف جنايته. وعن المفيـد قـدس سـره فى المقنعه أنّه إذا قتلهمـا الولى يردّ نصف ديه النفس عليهمـا أثلاثـاً، ثلثان منه للرجل، وثلث للمرأه، لأنّ جنايه الرجل تحسب ضـعف جنايه المرأه، ولكن لا يخفى لا وجه لهذا الاحتساب بعد استناد القتل إليهما وإلاّ لزم فى صوره

وعلى الرجل نصف الـديه، ولو قتل الرجل ردّت المرأه عليه نصف ديته، وقيل نصف ديتها وهو ضـعيف[۱]. وكل موضع يوجب الردّ فإنّه يكون مقدّماً على الاستيفاء[۲].

الشَرح:

مطالبه الولى منهما أن يكون ديه المقتول عليهما أثلاثاً وهو كماترى.

ويدلّ على الحكمين وهما اختصاص الرجل بالردّ وأنّ الديه يكون عليهما بالنصف ما ورد فى صـحيحه أبى بصـير عن أبى جعفر عليه السـلام قال: «سئل عن غلام لم يدرك وامرأه قتلا رجلًا خطأً فقال: إن خطأ المرأه والغلام عمد فإن أحب أولياء المقتول أن يقتلوهمـا قتلوهمـا ويردّوا على أوليـاء الغلاـم خمسه آلاـف درهم، وإن أحبّوا أن يقتلوا الغلام قتلوه وترد المرأه على أولياء الغلام ربـع الـديه، وإن أحب أوليـاء المقتـول أن يقتلوا المرأه قتلوهـا ويردّ الغلاـم على أوليـاء المرأه ربع الـديه. وقـال: إن أحبّ أوليـاء المقتول أن يأخذوا الديه كان على الغلام نصف الديه وعلى المرأه نصف الديه(۱).

وهـذه الصـحيحه وإن تضـمّنت لأمور لا يمكن العمل بها إلاّ أنّه لا بأس بـدلالتها على الحكمين المزبورين، ولا أقلّ من تأييدهما بها كما لا يخفى.

[۱] لاـ موجب لردّ نصف ديتهـا بعـد كون جنايتهـا تسـاوى نصف ديه الرجـل، نعم ردّ ربع الـديه المسـاوى لنصف ديتها ورد فى صحيحه أبى بصير المتقدّمه، ولكنّها كما ذكرنا لا تصلح للاعتماد عليها فى هذا الحكم، حيث ورد فيها تساوى الغلام والمرأه فى الردّ ومقداره.

[۲] قـد تقـدم أنّ اعتبار كون الرد مقـدّماً على الاستيفاء إنّما هو فيما وجب على الولى ردّ فاضل الـديه، وأمّا إذا كان فاضل الديه على باقى الشركاء فى القتل أو على

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۶۴.

الرابعه: إذا اشترك عبدٌ وحرٌ فی قتل حرّ عمداً

الرابعه: إذا اشترک عبدٌ وحرٌ فی قتل حرّ عمداً، قال فی النهایه: للأولیاء قتلهما یُرد إلی سید العبد ثمنه، أو یقتلوا الحر ویؤدّی سید العبد إلی ورثه المقتول خمسه آلاف درهم، أو یسلّم العبد إلیهم. أو یقتلوا العبد ولیس لمولاه علی الحرّ سبیل[۱]. والأشبه أنّ مع قتلهما یردّون إلی الحر نصف الدیه ولا یردّ علی مولی العبد شیء مالم تکن قیمته أزید من نصف دیه الحر فیرد علیه الزاید فإن قتلوا العبد وکانت قیمته زایده عن نصف دیه المقتول أدّوا إلی المولی الزاید، فإن استوعب الدیه وإلّا کان تمام الدیه لأولیاء الأول. وفی هذا اختلاف للأصحاب وما اخترناه أنسب بالمذهب.

الشَرح:

الشریک الآخر فاعتبار تقدّم الردّ احتماله مدفوع باطلاق الأخبار، بل ما ورد فی بعضها من الردّ علی أولیاء المقتصّ منه یشعر بخلاف الاعتبار.

[۱] ذکر فی النهایه فیما إذا اشترک حرّ وعبد فی قتل حرّ أنّ لأولیاء الحرّ المقتول قتل کلّ منهما أو قتل أحدهما، فإن قتلوهما یکون علیهم ثمن العبد یؤدّون إلی سیّده، وإن قتلوا الحرّ فقط یؤدّی مولی العبد إلی ورثه الجانی الحرّ خمسه آلاف درهم أو یسلّم العبد إلیهم، وإن قتلوا العبد فلیس لمولاه علی الحرّ الجانی سبیل، وما ذکره قدس سره فی الفروض الثلاثه لا ینطبق علی شیء من القواعد ولیس له دلیل خاصّ.

وأمّا فی الفرض الأول وهو فرض قتل ولی المقتول کلًا من الجانی الحرّ والعبد فإنّ علی ولیّ المقتول نصف الدیه للجانی الحر ولیس علیه لمولی العبد من قتل العبد شیء إلّا إذا زادت قیمته علی دیه جنایته یعنی نصف دیه الحر فإن زادت قیمته عنه فلمولاه مقدار تلک الزیاده فقط.

نعم، لو فرض أنّ العبد من قسم النفیس یساوی قیمته بأزید من دیه الحر یکون علی ولی المقتول نصف الدیه، لأنّ دیه العبد کما یأتی لا تزید علی دیه الحر، فمع

....

الشَرح:

زيـاده قيمته ردّت إلى مقـدار الـديه، وأمّـا إذا قتـل أولياء المقتول الحرّ فقط، قيل على مولى العبـد دفعه إلى وليّ الجانى المقتول ليسترقّه فيما إذا كانت قيمته مساويه لنصف ديه الحر أو بمقـدار نصف ديته إذا كانت قيمته أكثر من نصف ديه الحر، وإن كانت قيمته أقـل من نصـف ديه الحر كـان بـاقى نصف الـديه على أوليـاء المقتول ظلمـاً ولاـ يبعـد أن يقـال فى الفرض أنّ على أوليـاء المقتول ظلمـاً إذا قتلوا الجـانى الحر نصف ديه الحر، كمـا فى فرض قتلهم كلاًـ من الجـانى الحر والعبـد ولهم استرقـاق العبـد أو بمقـدار نصف ديه الحر، لأنّه لا دليل فى فرض اشتراك الحر والعبد فى القتل على رجوع وليّ الجانى إلى مولى العبد فى فاضـل الديه ومقتضـى القاعده ضمان النصف على الولى فإنّه اقتصّ من الجانى، وأمّا إذا قتل أولياء المقتول العبد فقط يردّون على مولاه مـا زاد على نصف ديه مقتولهم الحر ويكون لهم على الحرّ الجـانى نصف ديه مقتولهم وعلى مـا قيل يكون ما زاد من قيمه العبد عن مقـدار نصف ديه الحر على الجانى الحر ويؤدّى باقى نصف الـديه على أولياء المقتول وعلى ما ذكرنا قال الماتن فى الفرض الأول: والأشـبه انّ مع قتلهما يؤدّى أولياء المقتول نصف الـديه إلى الجانى الحرّ، ولا يردّ على مولى العبـد شـىء ما لم يكن قيمته أزيد من نصف ديه الحرّ فيردّ عليه الزايد.

وذكرنـا أنّ الأـظهر بحسب القواعـد أنّ ولى المقتول ظلماً إذا قتل الجانى الحر فعليه دفع نصف الـديه يؤدّى إلى الجانى الحر قبل قتله، وأما العبـد فإن قتله يدفع إلى مولاه الزايد على جنايه العبد كما إذا كانت قيمته أكثر من نصف ديه الحر وإن كان قيمته أقل من نصف ديه الحر المقتول ظلماً فليس له أن يرجع فى الزايـد إلى مولاه، لأنّ الشـخص لا يجنى أكثر من نفسه وإذا لم يقتله فإنه يجوز له استرقاقه بمقدار نصف ديه مقتوله ويبقى الزايد لمولاه، وإن كانت قيمته أقل من نصف ديه الحر فليس على مولاه

الخامسه: لو اشترک عبد وامرأه فی قتل حرّ

الخـامسه: لو اشترك عبـد وامرأه فی قتـل حرّ فلأوليـاء قتلهما ولا ردّ على المرأه ولا على العبـد إلّا أن يزيـد قيمته عن نصف ديه المقتول فيرد على مولاه الزايـد. ولو قتلت المرأه به كان لهم استرقاق العبـد إلّا أن تكون قيمته زايده عن نصف ديه المقتول فيرد على مولاه ما فضل[١].

وإن قتلوا العبـد وقيمته بقـدر جنايته أو أقلّ فلا ردّ، وعلى المرأه ديه جنايتها، وإن كانت قيمته أكثر من الـديه ردّت عليه المرأه ما فضل عن قيمته، فإن استوعب ديه الحر وإلّا كان الفاضل لورثه المقتول أوّلاً.

الشَرح:

شیء لما تقدم من أنّه لا يجنی إلّا مقدار نفسه.

وعلى الجمله، لاـ دليل فی الفرض على رجوع أولياء الجانی الحرّ إلى مولى العبـد، وما تقـدّم من رجوع أولياء الشـريک المقتول إلى شريكه وارد فی الشريک الحر القاتل.

[١] يعلم الحكم فی هـذه المسأله مما تقـدّم، وحيث إنّ المفروض انّ المرأه شـريک العبـد فی القتل، فإن أراد ولیّ المقتول ظلماً قتلهمـا فلاـ ردّ على المرأه، لعـدم زايـد على جنايتها، وأما العبـد فإن كان قيمته أزيـد من جنايته يردّ الولی على مولاه الفاضل من قيمته وإن نقص قيمته عن نصف ديه الحر فليس شـیء، وكذا إذا كان قيمه العبد بمقدار نصف الديه لما تقدم من أنّ الشخص لا يجنی أكثر من نفسه.

وإذا قتـل الولی العبـد خـاصّه وكـانت قيمته مسـاويه لجنـايته أو أقـل فلاـ ردّ على مولاـه وعلى المرأه ديه جنايتها تردّها على ولیّ المقتول ظلماً، وإن كانت قيمه العبد أكثر من جنايتها ردّت المرأه على مولاه فاضل قيمته فيما لم كانت قيمه مسـتوعبه لديّه الحرّ، وإن نقص قيمته عن ديه الحر ردّت المرأه الفاضل من الديه التی عليها لولیّ المقتول ظلماً، هذا ما ذكره الماتن قدس سره .

ولكن قد ذكرنا أنّ مقتضى القاعده الأوّليه أنّ الولی إذا قتل العبد وكانت قيمته أكثر

....

الشَرح:

من جنـايته تكون الزايـد على جنـايته على وليّ المقتول ظلمـاً وكونه على المرأه التى ترك الولى قتلهـا لم يقم عليه دليل، فيكون للولى أخذ نصف ديه مقتوله منها، وإذا لم يقتل الولى العبد فله استرقاقه بلا فرق بين كون قيمته بمقدار جنايته أو أقل أو أكثر.

نعم، فى صوره زيـاده قيمته عن جنايته أى نصف ديه الحر فعلى الولىّ ردّ ما فضل عن جنايته على مولاه إن رضـى مولاه بـذلك وإلاّ يكون العبد مشتركاً بينهما ويحتمل أن يكون له ردّ ما زاد مطلقاً.

ويدلّ على هذا صحيحه ضريس الكناسى قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأه وعبد قتلا رجلاً خطأً فقال: إن خطأ المرأه والعبـد مثـل العمـد فإن أحبّ أولياء المقتول أن يقتلوهما قتلوهما فإن كانت قيمه العبـد أكثر من خمسه آلاف درهم فليردّوا على سيد العبد ما يفضل بعد الخمسه آلاف درهم وإن أحبّوا أن يقتلوا المرأه ويأخذوا العبد أخذوا إلاّ أن تكون قيمته أكثر من خمسه آلاف درهم فليردّوا على مولى العبـد ما يفضل بعـد الخمسه آلاف درهم ويأخـذوا العبـد أو يفتديه سيّده، وإن كانت قيمه العبد أقلّ من خمسه آلاف درهم فليس لهم إلاّ العبد»(۱).

وقـد تقـدّم أنّ ما ورد فى مثل هـذه الصـحيحه من كون خطأ المرأه والعبـد عمد لا يمكن الأخذ به، ولكن لابأس بما ورد فيه من حكم قتـل العبـد عمـداً، ومـا ورد فيها أيضاً من استرقاق كل العبـد إذا كانت قيمته أكثر من جنايته بردّ فاضـلها لمولاه مطلقاً وإنّ للمولى أن يفـديه لا يخلو عن المناقشه مع عدم توافق الولى مع مولاه حيث إنّ الثابت لولى المقتول ظلماً مع زياده قيمه العبد عن جنايته استرقاقه بمقدار جنايته.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲: ۶۴.

....

الشَرح:

وعلى كلّ تقدير فلا دليل على أنّ ردّ الفاضل من جنايه العبد من قيمته على المرأه التى ترك قتلها كما أشرنا إليه فيما تقدّم.

بقى فى المقام مسأله يعلم بها الحكم فى فروض الاشتراك فى القتل مع عدم تساوى المشتركين فى الديه، وهى ما إذا اشترك رجل، وخنثى فى قتل رجل أو امرأه حرّه وبما أنّ الخنثى يكون ديتها نصف ديه الرجل ونصف ديه المرأه وبتعبير آخر تحسب الخنثى فى نصف ديتها رجلاً ـ وفى نصفها الآخر امرآةً فلو قتل الرجل والخنثى رجلاً ـ يكون للولىّ قتلهما، فإن قتلهما يردّ على الرجل نصف ديته وعلى الخنثى ربع ديه النفس، لأنّ ديه الخنثى ثلاثه أرباع ديه النفس نصف ديه نفس الرجل ونصف ديه المرأه وجنايتها تساوى نصف ديه النفس فيكون الفاضل نصف ديه المرأه المساوى لربع ديه النفس.

ولو قتل الرجل والخنثى امرأه حرّه فلولىّ المقتول قتلهما فيردّ على الرجل نصف ديته وربع ديته، لأنّ جنايته مساويه لنصف ديه المرأه فيكون له ثلاثه أرباع الديه، ويردّ على الخنثى نصف ديه النفس، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه فيبقى لها نصف ديه النفس فقط.

ومما ذكر يظهر أنّه لو اشترك امرأه وخنثى فى قتل رجل وقتلهما الولىّ لا يكون للمرأه فاضل لأنّ جنايتها تساوى ديتها ويكون على الولى ردّ ربع الديه على الخنثى، لأنّ ديتها ثلاثه أرباع الديه وجنايتها تساوى نصف الديه.

ولو اشترك امرأه وخنثى فى قتل امرأه فقتلهما الولى يكون على الولى ردّ نصف ديه المرأه على المرأه الجانيه، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه ويكون على الولى

ص :۷۶

....

الشَرح:

أيضاً نصف ديه يردّه على الخنثى، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه المساوى لربع الديه، فيبقى لها من دينه نصف الديه، حيث إنّ ديتها مساويه لثلاثه أرباع الديه فذهب إحداها بجنايتها. ويعلم مما ذكرنا الحال فى بقيه الفروض.

ص :٧٧

الفصل الثانی: فی الشروط المعتبره فی القصاص

الأول: التساوی فی الحریه او الرّق

وهی خمسه

الأول: التساوی فی الحریه او الرّق فیقتل الحرّ بالحر وبالحرّه مع ردّ فاضل دیته والحرّه بالحرّه وبالحرّ ولا یؤخذ ما فضل علی الأشهر[۱].

الشَرح:

[۱] المراد أنّ الحرّ لا ـ یقتل بقتله العبد أو الأمه، بل یقتل بقتله الحرّ والحرّه. نعم إذا قتل بالحرّه یجب علی أولیاء الحرّه ردّ فاضل دیته وهو نصف دیه النفس.

ویشهد لذلک مع التسالم بین الأصحاب علی الحکم صحیحه أبی بصیر عن أحدهما علیه السلام قال: «إن قتل رجل امرأه وأراد أهل المرأه أن یقتلوه أدّوا نصف الدیه إلی أهل الرجل»(۱)، وفی صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام «فی الرجل یقتل المرأه قال: إن شاء أولیائها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولیاء المقتول، وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(۲). وفی موثقه أبی بصیر عن أحدهما علیه السلام قال: «قلت له: رجل قتل امرأه فقال: إن أراد أهل المرأه أن یقتلوه أدّوا نصف دیّته وقتلوه وإلاّ قبلوا الدیه»(۳)، إلی غیر ذلک.

ولو لم یتمکّن أولیاء الحرّه المقتوله من ردّ الفاضل، أو أرادوا أخذ دیه الحرّه من الحرّ القاتل کان ذلک جایزاً لهم، کما هو ظاهر صحیحه محمد بن قیس، ولکن لیس للحرّ القاتل إلزامهم بأخذ الدیه والامتناع عن أخذ فاضل دیته. وعلی الجمله فلأولیاء

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۶: ۶۰.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۲: ۶۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۷: ۶۰.

....

الشَرح:

الحرّه المقتوله إلزام الحر القاتل بإعطاء نصف الديه وليس له إلزام أولياء المقتول بأخذ الديه وترك القصاص.

وفی معتبره أبی العباس وغيره عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «إن قتل رجل امرأه خيّر أولياء المرأه إن شاؤوا إن يقتلوا الرجل ويغرموا نصف الديه لورثته وإن شاؤوا أن يأخذوا نصف الديه»(1).

فما فی الجواهر(2) من المناقشه فی فرض امتناع الولیّ عن إعطاء فاضل الديه أو لفقره فی إلزام القاتل بإعطاء ديه المقتوله، لا وجه له، كما لا وجه للاستدلال على جواز إلزامه بالتمسّک بهدر دم المقتوله بدونه حتى يجاب بأنّه ليس فی عدم جواز الإلزام طلّ الدم إلی هدره.

وذكرنا سابقاً أنّ للقاتل الجانی مطالبه الأولياء بفاضل ديته قبل القصاص فلا يجوز لهم قتل الجانی قبل إعطاء نصف الديه. وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «فی الرجل يقتل المرأه متعمّداً فأراد أهل المرأه أن يقتلوه قال: ذلک لهم إذا أدّوا إلی أهله نصف الديه»(3) وظاهر القضيه الشرطيه فعليّه الجزاء يعنی حقّ القصاص بفعليّه الشرط وهو أداء نصف الديه وما فی موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام «أنّ رجلاً قتل امرأه فلم يجعل على عليه السلام بينهما قصاصاً وألزمه الديه»(4)، محمول على صوره الامتناع عن ردّ فاضل الديه أو عدم التمكّن من ردّه.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 9: 61.

2- (2) جواهر الكلام: ج 42، ص 82.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 3: 59.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 16: 62.

....

الشَرح:

وكـذلك يقتـل الحرّ بقتله الحرّه والحرّ، وإذا قتلت الحرّه الحرّ لاـ يؤخـذ منهـا فاضـل ديه الرجـل على المشـهور، بـل ادّعى عـدم الخلاـف فى ذلـك ولاـ ينـافيه تعـبير المـاتن بالأشـهر، حيث يمكن أن يكون التعبير به للروايه لاـ للفتوى بالخلاـف، والروايه هى صحيحه أبى مريم الأنصـارى عن أبى جعفر عليه السـلام قال فى امرأه قتلت رجلاً قال: تقتل ويؤدّى وليّها بقيه المال»، وفى روايه محمد بن على بن محبوب «بقيه الديه»(١).

وهـذه الروايه مخـالفه للروايات الأخرى الـدالّه على أنّ جنايه الشـخص لا تزيـد على نفسه، وفى صـحيحه عبـداللّه بن سـنان قال: «سـمعت أبا عبـداللّه عليه السـلام . . . إلى أن قال: فى امرأه قتلت زوجها متعمّده قال: إن شاء أهله أن يقتلوها قتلوها وليس يجنى أحد أكثر من جنايته على نفسه»(٢).

وفى صـحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «وإن قتلت المرأه الرجل قتلت به ليس لهم إلا نفسها»(٣)، وفى خبر أبى بصير قال:«سألت أبا عبداللّه عليه السلام . . . إلى إن قال: وسألته عن امرأه قتلت رجلًا، قال: «تقتل ولا يغرم أهلها شيئاً»(۴).

وفى روايه هشـام بن سـالم عن أبى عبـداللّه عليه السـلام «فى المرأه تقتـل الرجـل مـا عليهـا قـال: لاـ يجنى الجـانى على أكثر من نفسه»(۵)، إلى غير ذلك.

ولو فرضت المعارضه بين هذه الرويات والصحيحه الدالّه على أخذ بقيه

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١٧: ۶٢.
٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١: ۵٩.
٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٣: ۵٩.
۴- (۴) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴: ۶٠.
۵- (۵) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١٠: ۶١.

....

الشَرح:

دیه الرجل تطرح الصحیحه لموافقه الطائفه النافیه لإطلاق الکتاب المجید، قال اللّه سبحانه «وکتبنا علیهم فیها أنّ النفس بالنفس والعین بالعین»الآیه(۱).

وفی صحیحه زراره عن أحدهما علیه السلام «فی قول اللّه عز وجل «النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف» الآیه، قال: هی محکمه»(۲).

وعلی الجمله، ما حکی عن الراوندی من حمل الصحیحه الداله علی أخذ باقی دیه الرجل المقتول زایداً علی قتل قاتلته علی صوره یسار المرأه القاتله، وهذه الروایات النافیه غیر قتلها علی صوره إعسارها، جمع تبرّعی، بل قوله علیه السلام «لیس یجنی أحد أکثر من جنایته علی نفسه» الوارد فی السؤال عن قتل المرأه زوجها متعمده آب عن الحمل علی صوره إعسارها، فالترجیح مع الروایات النافیه.

وما ذکر القمّی قدس سره فی تفسیره فی ذیل الآیه «وکتبنا علیهم فیها أنّ النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسن والجروح «قصاص»» من أنّها منسوخه بقوله سبحانه: «کتب علیکم القصاص فی القتلی الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد والأنثی بالأنثی» وقوله: «الجروح قصاص» لم تنسخ، لا یمکن المساعده علیه، فإنّ الآیه محکمه کما فی صحیحه زراره، غایه الأمر ورد علی إطلاقها بعض التقیید کما فی سایر المطلقات، بل ذکرنا فی بحث الأصول أنّ المراد ببعض الروایات الوارده فی نسخ الکتاب ورود المخصّص أو التقیید علی عموم الآیه وإطلاقها بل الأمر فی «الجروح قصاص» أیضاً کذلک.

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۱: ۶۱.

ويقتصّ للمرأه من الرجل فى الأطراف من غير ردّ، ويتساوى ديتهما ما لم تبلغ ثلث ديه الحرّ ثم يرجع إلى النصف فيقتصّ لها منه مع ردّ التفاوت[۱].

الشَرح:

ومن هذا القبيل ما نقل فى رساله المحكم والمتشابه عن تفسير العمانى بالاسناد إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ قوله سبحانه: «يا أيّها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ» الآيه، نسخت ما فيها هذه الآيه «وكتبنا عليهم فيها انّ النفس بالنفس» وإلاّ فقد تقدّم ما فى صحيحه زراره أنها محكمه.

[۱] لا خلاف فى أنّ المرأه يقتصّ لها من الرجل فى الجنايه على طرفها، كما يقتص للرجل من المرأه فى الجنايه على طرفه، كما لا خلاف فى أنّ المرأه إذا اقتصّ للرجل منها فلا يؤخذ منها شيء كما إذا قطعت المرأه يد رجل فاقتصّ من المرأه بقطع يدها فلا يؤخذ منها شيء وإن كان ديه يد الرجل ضعف ديه يد المرأه.

ويدلّ على ذلك صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل فقأ عين امرأه فقال: إن شاؤوا أن فقؤا عينه ويؤدّوا إليه ربع الديه وإن شائت أن تأخذ ربع الديه. وقال فى امرأه فقأت عين رجل أنّه: إن شاء فقأ عينها والاّ أخذ ديه عينه»(۱).

وهذا بخلاف ما إذا كان الجانى رجلاً والمجنى عليها امرأه، فإنّ ديه الرجل والمرأه فى الأطراف متساويه إلى حدّ الثلث، وإذا اقتصّ للمرأه من الرجل قبل بلوغ الثلث لم يكن فى البين ردّ على الرجل الجانى، وإذا تجاوز الثلث أو بلغه يقتصّ للمرأه من الرجل مع ردّ نصف ديه الطرف على الرجل حيث يكون ديه الرجل بعد بلوغ الثلث أو تجاوزه ضعف ديه طرف المرأه وديه المرأه نصف ديه الرجل مثلاً إذا قطع الرجل اصبعاً من المرأه فلها القصاص من الرجل بقطع اصبعه من غير ردّ، وكذا فى قطعه اصبعين من المرأه أو الثلاث من أصابعها، وأمّا إذا قطع أربعاً من أصابعها فللمرأه

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۴.

....

الشَرح:

أن تقتصّ من الرجل وتقطع أربعه أصابعه، ولكن عليها ردّ نصف ديه أصابعه الأربعه عليه.

ويدلّ على الردّ مثل ما ورد فى صدر صحيحه الحلبى المتقدّمه، وعلى التساوى فى الديه ما لم يبلغ ثلث ديه الحرّ الصحيحه الأخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جراحات الرجال والنساء سواء سنّ المرأه بسنّ الرجل وموضحه المرأه بموضحه الرجل وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعّفت ديه الرجل على ديه المرأه»(۱)، وفى صحيحه جميل بن درّاج قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه بينها وبين الرجل قصاص قال: نعم فى الجراحات حتّى تبلغ الثلث سواء، فإذا بلغت الثلث سواء ارتفع الرجل وسفلت المرأه»(۲).

وفى صحيحه الحلبى الأخرى قال: «سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن جراحات الرجال والنساء فى الديات والقصاص السنّ بالسنّ والشجّه بالشجّه والاصبع بالاصبع سواء حتى تبلغ الجراحات ثلث الديه فإذا جازت الثلث صيّرت ديه الرجال فى الجراحات ثلثى وديه النساء ثلث الديه»(۳).

بقى فى المقام أمور:

الأول: أنّه قد ورد فى معتبره عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال: «ليس بين الرجل والنساء قصاص إلاّ فى النفس»(۴) ولا عامل بظاهرها

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۳.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۶: ۱۲۳.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۷: ۱۲۴.

....

الشَرح:

من الأصحاب، ومع الغمض عن ذلک فهی معارضه بالأخبار المتقدّمه لإطلاق الکتاب المجید الدالّه علی ثبوت القصاص فی الأطراف العین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص، وحملها علی تساوی القصاص بینهما بمعنی عدم الاقتصاص للمرأه من الرجل من دون ردّ غیر ممکن لأنّ استثناء النفس عن ذلک یکون بلا معنی.

الثانی: قیل إنّ ظاهر بعض الروایات أنّ تساوی المرأه مع الرجل فی دیه الطرف یرتفع بتجاوز الدیه ثلث دیه الحرّ، وظاهر بعضها الأخری ارتفاعه بمجرّد بلوغها ثلث دیته فیجب علی المرأه الرّد بمجرّد بلوغها الثلث ولا یعتبر تجاوزها عنه.

ویقال بعد تعارض الأخبار المتقدّمه فی هذه الجهه یرجع فیما بلغ مقدار الثلث ولم یتجاوز عنه بعموم ما دلّ علی أنّ دیه المرأه نصف دیه الرجل، کما فی صحیحه عبداللّه بن مسکان عن أبی عبداللّه علیه السلام فی حدیث «دیه المرأه نصف دیه الرجل»(۱)، فیجب ردّ نصف الدیه علی الجانی إذا اقتصّ للمرأه منه وإن أخذت الدیه منه فلها نصف دیه الرجل.

أقول: الأخبار علی أنّ دیه المرأه نصف دیه الرجل وارده فی دیه النفس، وأمّا فی دیه الأطراف والجراحات فلم یرد فیها اطلاق بحیث یمکن التمسّک به، ولو قیل بأنّ ما ورد فی الروایات ما ظاهره تضعیف دیه الرجل بعد تجاوز ثلث الدیه کلّها بفاء التفریع علی الجمله الشرطیه السابقه لا أنّها جمله شرطیه مستقله فی مقابل الشرطیه قبلها وأنّ الغایه فی الشرطیه قبلها خارجه عن الحکم المغیّی بها ولو بقرینه مثل صحیحه الحلبی

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۱: ۱۵۱.

....

الشَرح:

الوارد فيهـا: «جراحات الرجال والنساء سواء . . . حتّى تبلغ الجراحه ثلث الـديه»(۱)، فإذا بلغت ثلث الديه ضـعّفت، ونحوها ما فى صحيحه جميل بن دراج(۲) فلا ـ يكون اعتبـار بمـا ورد فى الشـرطيه الثانيه من ذكر عنوان تجاوز الثلث حيث لا يعتبر المفهوم إلاّ من الشرطيه الأولى فيكون الشرطيه الثانيه المذكوره بفاء التفريع من التصريح ببعض مفهوم الشرطيه الأوّلى كما فى نظايرها.

الثالث: هل يجوز للمرأه فى مورد لزوم ردّ نصف ديه العضو أن تقتصـر ببعض الاقتصاص من الرجل حتى لا يجب عليها ردّ الديه كمـا إذا قطع الرجـل أربعه أصـابع من المرأه فـأرادت أن يقطع اصـبعى الرجـل حتى لا ـ يكون عليهـا ردّ نصف الـديه، فقـد يقال بالجواز تمسـكّاً بما دلّ على أنّ الجنايه على المرأه فيما تجاوز ثلث الديه ترجع إلى النصف فيجوز لها القصاص من الجنايه عليها بـالنصف بقطع اصـبعى الرجـل ولأـنّه إذا جـاز لهـا قطع أربعه أصابع من الرجل الجانى جاز قطع اصـبعيه قصاصاً من بعض جنايته وعدم الردّ عليه يحسب أخذها الديه من جنايه عليها فى قطع اصبعيها الثالث والرابع.

ولكن الأـظهر عـدم جواز ذلك بحيث يكون لها الحقّ من غير تراض بينهما، وذلك فإنّه لا دليل على التبعيض فى جنايه واحـده، ومقتضـى الأدله أنّ لها قطع الأربع وردّ العشـرين أو أخذ الديه على أصابعها يعنى العشـرين، فجواز قطع الاثنين إنّما هو فى ضمن جواز قطع الأـربع، ولأنّ ديه مجموع أصابعها الأربع، عشـرون، لا أنّ ديه كلّ من أصابعها خمس من الإبل ليكون قطع الاثنين من أصابع الرجل وعدم الردّ من

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۳: ۱۲۲.

ويقتل العبد بالعبد وبالأمه والأمه بالامه وبالعبد[۱].

الشَرح:

القصاص وأخذ الديه على الاصبعين الثالث والرابع. ومما ذكر يظهر الحال فى أنّه ليس لها قطع الثلاث من أصابع الرجل والردّ عليه بخمسه من الإبل.

ثمّ إنّه قد ذكر فى الجواهر(۱) أنّ جواز قطع الأربع من أصابع الرجل مع ردّ العشرين عليه فيما إذا كان قطع الأربع بضربه واحده، وأمّا لو كان بضربات أربع فلها الاقتصاص من الرجل من دون الردّ عليه كما صرّح بذلك جماعه، وكذا فيما كان بضربتين وقد قطع فى كلّ ضربه اصبعين من أصابع المرأه، فإنّ لها فى الفرض قطع الأربع من أصابعه من غير ردّ فإنّ فى كلّ ضربه قد قطع الرجل اصبعاً أو اصبعين من أصابع المرأه فلها القصاص من كلّ من الاصبع أو الاصبعين أو أخذ الديه على كلّ منها والمفروض تساوى ديه الرجل والمرأه فى كلّ من الجنايات ولا دليل فى الفرض على سقوط جنايه بسبق جنايه أخرى.

[۱] لا خلاف فى أنّ العبد يقتل بقتله العبد أو الأمه عمداً وكذلك تقتل الأمه بقتلهما العبد والأمه، ويدلّ عليه الكتاب المجيد «النفس بالنفس»(۲)، «والعبد بالعبد»(۳).

ثمّ إذا كان القاتل والمقتول مملوكين لمالك واحد يجوز للمالك القصاص من عبده أو أمته بلا فرق بين تساوى قيمتهما أو اختلافهما ويقتضيه الاطلاق المشار إليه، وفى موثّقه اسحاق بن عمار قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل له مملوكان قتل أحدهما صاحبه أله أن يقيده به دون السلطان إن أحبّ ذلك؟ قال: هو ماله يفعل به ما

۱- (۱) جواهر الكلام: ج ۴۲، ص ۹۰.

۲- (۲) سوره المائده: الآيه ۴۵.

۳- (۳) سوره البقره: الآيه ۱۷۸.

ولا يقتل حرّ بعبد ولا أمه[۱]، وقيل إن اعتاد قتل العبيد قتل حسماً للجرأه.

الشَرح:

شاء إن قتل وإن شاء عفا»(۱).

وأمّا إذا كـان مالک أحـدهما غير مالک الآخر وكانت قيمه القاتل زايـده على قيمه المقتول فقـد ذكر العلّامه فى القواعـد وتبعه غيره أنّه يردّ على مولى الجانى القاتل فاضل قيمته، لأنّ القيمه فى المملوک بمنزله الديه فى غيره.

ولكن لا ـ يخفى أنّ الردّ يحتـاج إلى قيـام دليـل عليه ومقتضـى الاطلاق المشار إليها جواز الاقتصاص من غير لزوم شـىء. نعم إذا أراد مولى المقتول استرقاق القاتل فليس له منه إلّا مقدار ماليّه مقتوله، وهذا لقيام الدليل عليه كما يأتى.

[۱] بلا خلاف ظاهر أو منقول من أصحابنا، وإن حكى عن بعض مخالفينا أنّه لا يقتل إذا قتل عبده، وأمّا إذا قتل عبد غيره فيقتل.

ويدلّ على الحكم المزبور عدّه من الروايات:

منها: صـحيحه أبى بصـير عن أحـدهما عليه السـلام قال: «قلت له: قول اللّه عز وجلّ «كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ولأنثى بالأنثى» قال: لا يقتل حرّ بعبد ولكن ضرب ضرباً شديداً ويغرم ثمنه ديه العبد»(۲).

وفى صـحيحه الحلبى عـن أبى عبـداللّه عليـه السـلام قـال: «لا ـ يقتـل الحرّ بالعبـد وإذا قتـل الحرّ العبـد غرّم ثمنـه وضـرب ضـرباً شديداً»(۳)، إلى غير ذلـک ممـا يعمّ قتـل غيره. نعم ذكر الشـيخ فى التهـذيبين وجمـاعه أنّ الحرّ إذا اعتـاد قتل العبيـد قتل حسـماً للجرأه على القتل

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۷۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۷۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲: ۷۱.

....

الشَرح:

وتمانعاً عن الفساد، وكأنّ هذا لا يكون من القصاص.

ويستدلّ على ذلك بروايه الفتح الجرجانی عن أبی الحسن علیه السلام «فی رجل قتل مملوکه أو مملوکته قال: إن کان المملوک له أدّب وحبس إلاّ ـ أن یکون معروفاً بقتل الممالیک فیقتل به»(۱)، ورواه فی الوسائل عن أبی الفتح الجرجانی وهو سهو.

وفی روایه یونس عنهم علیهم السلام قال: «سئل عن رجل قتل مملوکه قال: إن کان غیر معروف بالقتل ضرب ضرباً شدیداً وأخذ منه قیمه العبد ویدفع إلی بیت مال المسلمین، وإن کان متعوّداً للقتل به»(۲)، ولا یبعد اعتبار الروایه سنداً.

وفی روایه السکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه علیهم السلام «أنّ علیّاً علیه السلام قتل حرّاً بعبده قتله عمداً(۳)، حیث حملوه علی صوره الاعتیاد، لأنّها حکایه قضیه فی واقعه.

ولکن لا یبعد الالتزام بأنّه إذا قتل مملوکه وکان معروفاً بقتل ممالیکه یقتل کما هو ظاهر روایه یونس التی ذکرنا عدم البعد فی اعتبارها سنداً، لأنّ اسماعیل بن مرار الراوی عنه من المعاریف الذین لم یرد فیهم قدح، ویونس بن عبدالرحمن یمکن أن یروی عن الکاظم والرضا علیهماالسلام ویسند ما سمع عن أحدهما أو عن کلیهما إلی جمعهم علیهم السلام فلا وجه لما حکی عن الشهید من الخدشه فیها بالإرسال.

ولکن هذا فیما إذا قتل مملوکه أو مملوکته بأن کان متعوّداً علی قتل عبیده أو إمائه، وأمّا إذا کان متعوّداً لقتل مملوک الغیر فتسریه الحکم إلیه مشکل ولا یبعد فی الأخذ فیه بالاطلاق بأنّ الحرّ لا یقتل بالعبد ولکن یضرب ضرباً شدیداً ویغرم ثمنه

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۶۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۶۹.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۹: ۷۲.

ولو قتل المولی عبده کفّر[۱] وعزّر ولم یقتل به.

الشَرح:

ویؤیّد ذلک التقیید فی روایه الفتح بن یزید الجرجانی بقوله «إن کان المملوک له».

وعلی الجمله لا ـ یقتل الحر بالعبد والتعوّد علی قتل العبید ولو کانوا للغیر وإن کان فساداً وجرأه إلّا أنّ مطلق الفساد لا یوجب جواز القتل ما لم یدخل فی عنوان المحارب.

نعم، فی موثقه زید بن علی عن آبائه عن علی علیه السلام قال: «لیس بین الرجال والنساء قصاص إلّا فی النفس ولا بین الأحرار والممالیک قصاص إلّا فی النفس، ولیس بین الصبیان قصاص فی شیء إلّا فی النفس»(۱)، ولکنّ مفادها لا یمکن الأخذ به فی شیء من الفقرات الثلاث، ضروره عدم القصاص بین الصبیان حتی فی النفس، فإن قتل الصبی یحسب خطأ محضاً تحمّل الدیه علی عاقلته وبین الرجال والنساء قصاص فی النفس وغیرها ولیس بین العبید والأحرار قصاص، کما تقدّم.

وأمّا معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام «لیس بین العبید والأحرار قصاص فیما دون النفس ولیس بین الیهودی والنصرانی والمجوسی قصاص إلّا فی النفس»(۲)، فیمکن الأخذ بما ورد فی صدورها وغایه مفادها ثبوت القصاص بین الحرّ والعبد بنحو الموجبه الجزئیه أو بنحو القضیه المهمله فیحمل علی صوره تعوّد المولی علی قتل عبیده، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] المراد کفاره الجمع کما یشهد علیه صحیحه زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی الرجل یقتل عبده متعمّداً أیّ شیء علیه من الکفاره؟ قال: عتق رقبه وصیام شهرین

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۱۳۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳: ۱۳۹.

. ...

الشَرح:

متتابعين وصدقه على ستين مسكيناً»(۱). وموثقه سماعه عن أبی عبدالله علیه السلام قال: «سألته عن رجل قتل مملوكاً له، قال: یعتق رقبه ویصوم شهرین متتابعین ویتوب إلی الله(۲). وفی صحیحه أبی بصیر عن أبی عبدالله علیه السلام قال: «من قتل عبده متعمّداً فعلیه أن یعتق رقبه وأن یطعم ستین مسکیناً وأن یصوم شهرین»(۳).

وبذلک یرفع الید عن الاطلاق فی حسنه عمران عن أبی جعفر علیه السلام «فی الرجل یقتل مملوکاً له قال: یعتق رقبه ویصوم شهرین متتابعین ویتوب إلی الله عز وجل»(۴) بتقییده بإطعام ستین مسکیناً بقرینه ما تقدّم.

وما فی صحیحه الحلبی عن أبی عبدالله علیه السلام قال: «فی الرجل یقتل مملوکه متعمّداً قال: یعجبنی أن یعتق رقبه ویصوم شهرین متتابعین ویطعم ستین مسکیناً ثمّ تکون التوبه بعد ذلک»(۵) من التعبیر بقوله علیه السلام «یعجبنی» لا ینافی کونه واجباً.

وأمّا أنّه لا یقتل، فیدلّ علیه مضافاً إلی إطلاق ما تقدّم من أنّه لا یقتل الحرّ بالعبد معتبره یونس (۶) ومعتبره السکونی (۷)، حیث ورد فی الأوّلی أنّه إذا کان المولی معروفاً بقتل العبید یقتل، وإلّا یضرب ضرباً شدیداً علی ما تقدّم، وورد فی الثانیه علی ما رواه فی الفقیه أنّ علیاً علیه السلام رفع إلیه رجل عذّب عبده حتّی مات فضربه مأه نکالاً وحبسه

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۶: ۶۸.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۴: ۶۸.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳: ۶۷.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۶۷.

۵- (۵) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۶۷.

۶- (۶) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۶۹.

۷- (۷) الوسائل: ج ۲۹، الباب ۳۷، الحدیث ۳۵۲۳۰: ۳۷.

....

الشَرح:

وغرّمه قيمه العبـد فتصـدّق بها عنه، وبما أنّه ورد فى هذه المتبره الضـرب بمائه وحبسه فقد حدّد فى بعض الكلمات من أصـحابنا الضـرب بمائه جلـده ضـرباً شديـداً وحبسه وأخذ قيمه العبد والتصدّق بها أو إرجاع القيمه إلى بيت المال، حيث إنّ إرجاعها إلى بيت المال وارد فى صـحيحه يونس والتصـدّق بها فى المعتبره، ومقتضـى الجمع بينهما برفع اليـد عن إطلاق كلّ منهما فى التعيّن بصراحه الأخرى فى جواز ما ورد وتكون النتيجه هو التخيير.

ولكن يمكن أن يقـال مـا ورد فى المعتبره حكـايه فعـل فلاـ تـدلّ إلّا على مشـروعيه الضـرب بالمائه وحبس مولى القاتل لا على وجوبهمـا حتى يرفع اليـد بهـا عن إطلاـق صـحيحه يونس وغيرها من ذكر التعزير بالضـرب الشديـد وعـدم ذكر الحبس بخلاف التغريم فـإنّه وارد فى الصـحيحه والمعتبره فيلتزم أنّه حكم شـرعى مترتّب على قتـل المولى عبـده لاـ أنّه داخـل فى التعزير ليكون اختياره بيد الحاكم ونظره كالحبس.

وبتعبير آخر التغريم الوارد فيها نظير التغريم الوارد فيمن قتل العبـد، حيث ذكر فى بعض تلك الروايات فى مقام التأديب والتعزير نظير موثقه سـماعه عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «قال: يقتل العبد بالحر ولا يقتل الحرّ بالعبد ولكن يغرم ثمنه ويضـرب ضرباً شديداً حتّى لا يعود»(۱).

وفى صـحيحه الحلبى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «إذا قتل الحرّ العبد غرّم قيمته وأدّب. قيل: فإن كانت قيمته عشـرين ألف درهم قال: لا يجاوز بقيمه ديه الأحرار»(۲)، فإنّ قوله «حتّى لا يعود» تعليل راجع إلى ضربه.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴: ۷۱.

وقیل یغرم قیمته ویتصدّق بها، وفی المستند ضعف[۱] وفی بعض الروایات ان اعتاد ذلک قتل به، ولو قتل عبـداً لغیره عمداً اغرم قیمته یوم قتله[۲].

الشَرح:

[۱] قـد تقدّم عدم ضـعف فی مسـتنده وأنّ التصدّق به تخییر بینه وبین إرجاع القیمه إلی بیت مال المسـلمین وأنّ ما فی الروایتین من أنّ المـولی إذا تعـوّد علی قتـل مملوکه وعبـده یقتـل، یتعیّن الأخـذ به ویتعـدّی إلی مـا إذا تعوّد بقتـل مملوکه لعـدم احتمـال الاختصاص بالعبد خصوصاً بملاحظه ورود المملوکه فی روایه الفتح بن یزید.

[۲] إذا قتل الحرّ عبداً لغیره عمداً ضمن قیمه العبد یوم قتله وعزّر بضرب شدید وکأنه لا خلاف فی الحکم.

ویشـهد له صـحیحه أبی بصـیر عن أحـدهما علیه السـلام قال: «قلت له: قول اللّه عز وجلّ: «کتب علیکم القصاص فی القتلی الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد والأنثی بالأنثی» قال: لا یقتل حرّ بعبد ولکن یضرب ضرباً شدیداً ویغرم ثمنه دیه العبد»(۱)، نحوها غیرها.

وإذا قتـل الحرّ الأمه عمـداً فالحکم أیضاً کـذلک لا یقتل الحرّ بالأمه ویکون علیه قیمتها یوم قتلها فإنّ الروایات وإن کانت وارده فی قتل الحرّ العبـد والمملوک إلاّ أنّ المتفاهم منها عرفاً عـدم الفرق بین قتل الحر العبد أو الأمه فی أنّه لا قصاص علی الحرّ بقتله العبـد أو الأـمه فلاـ قصـاص علی الحرّه بل یکون علیها قیمه العبـد والأمه یوم القتل لمولاهما، حیث إنّ الیوم المزبور یوم اشـتغال الذمّه بالدیه التی هی قیمه العبد أو الأمه، ویدلّ علیه روایه أبی الورد(۲) ولضعف سندها صالحه للتأیید.

والأمر فی قتل الحرّ العبد أو الأمه وفی قتل الحرّه العبد والأمه خطأً أیضاً کذلک، یعنی یکون دیه المقتول قیمته کان عبداً أو أمه، والفرق بینهما أنّ فی صوره القتل عمداً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۷ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۴: ۱۸.

ولا- يتجاوز بها ديه الحرّ ولا بقيمه المملوكه ديه الحرّه[۱] ولو كان ذمّياً لذمی الشَرح: تكون الديه على القاتل، وفی صوره الخطأ على عاقلته، على ما يأتی. نعم يختصّ التعزير بالضرب الشديد بصوره القتل عمداً كما هو ظاهر.

[۱] بلا خلاف يعتدّ به. ويدلّ على ذلك صحيحه الحلبی المتقدمه عن أبی عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها «إذا قتل الحرّ العبد غرم قيمته وأدّب، قيل: فإن كانت قيمته عشرين ألف درهم قال: «لا يتجاوز بقيمه عبد ديه الأحرار»(۱).

وفی صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «ديه العبد قيمته، فإن كان نفسياً فأفضل قيمته عشره آلاف درهم، ولا يتجاوز به ديه الحرّ»(۲).

وعلى ذلك فإن كان المقتول أمه فديّتها قيمتها، وإذا زادت قيمتها على ديه الحرّه لا تكون ديتها أكثر من ديه الحرّه. وديه الحرّه نصف ديه الحرّ على ما دلّت عليه الروايات، كصحيحه عبداللّه بن مسكان، حيث ورد فيها «ديه المرأه نصف ديه الرجل»(۳). وصحيحه محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام فی الرجل يقتل المرأه قال: «إن شاء أولياؤها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولياء المقتول وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(۴)، وغير ذلك مما ورد فی ديه الحرّه.

بقی فی المقام أمر وهو أنّ ما تقدّم من الروايات الدالّه على أنّ ديه العبد قيمته وأنّ قيمته إذا تجاوزت ديه الحرّ تكون ديته بمقدار ديه الحرّ ناظر إلى ضمان القاتل من جهه القتل وإذا كان الموجب لضمانه القيمه أمراً آخر فالقاتل يضمن تمام قيمته وإن زادت

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴: ۱۸.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲: ۱۵۲.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۱: ۱۵۱.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴: ۱۵۱.

لم يتجاوز بقيمه الذكر ديه مولاه ولا بقيمه الانثى ديه الذميه[۱].

الشَرح:

ديه الحرّ كما إذا غصب عبد الغير ثمّ قتله وكانت قيمته أكثر من ديه الحرّ فالقاتل يضمن تمام قيمته لأنّ ضمانه تمامها ليس بالقتل بل للغصب، ولو مات العبد المغصوب فى يد الغاصب كان على الغاصب تمام قيمته فكيف إذا قتله بعد الغصب فإنّ القتل لا يسقط من ضمانه.

[۱] ديه الذمّى الحرّ ثمانمائه درهم والذمّيه الحره ديّتها نصفها لما دلّ على أنّ ديه المرأه نصف ديه الذكر وعلى ذلك لو قتل المسلم العبد الذمّى الذى كان لذمّى يكون ديه العبد المزبور قيمته، وإذا تجاوزت قيمته ديه الذمّى الحرّ المفروض كون مولاه كذلك يكون على المسلم ثمانمائه درهم كما أنّه إذا قتل المسلم الأمه الذمّيه يكون عليه أربعمائه درهم ديه الحره الذمّيه، فإنّ ديه الأمه الذمّيه لا تتجاوز ديه الذمّيه الحرّه، ومقتضى ما ذكر عدم الفرق بين أن يكون العبد الذمّى لذمّى والأمه الذمّيه للحرّ الذمّى أو للحرّه الذمّيه أو كان العبد والأمه الذميين للمولى المسلم أو المسلمه.

ولكن ظاهر كلام جمله من الأصحاب والمصرّح به فى كلام بعضهم كالعلّامه وغيره أنّ العبد الذمّى إذا كان لمسلم فديته قيمته ما لم يتجاوز ديه الحرّ المسلم وديه الأمه الذمّيه ما لم يتجاوز ديه المسلمه الحرّه.

ويستدلّ على ذلك بما أرسله فى الإيضاح (انّ العبد لا يتجاوز بقيمته ديه مولاه) وظاهر كلام الماتن أيضاً الالتزام بذلك حيث قيّد كون العبد الذمى المقتول بكون مولاه ذمّياً والأمه الذمّيه المقتوله بكون مولاتها ذمّيه فإنّه بناءً على ما ذكرنا أنّ ديه العبد الذمّى لا يتجاوز عن ديه الحرّ الذمّى سواء كان مولاه ذمّياً أو مسلماً وكذلك الأمه الذمّيه لا تتجاوز ديّتها أربعمائه درهم كانت لذمّى أو لمسلم أو لمسلمه، بل ربما احتمل بعضهم أنّ العبد الذمّى لذمّى إذا أسلم عند مولاه وقتل قبل أن يباع على مولاه لا يتجاوز

ولو قتل العبد حرّاً قتل به[۱] ولا يضمن المولى جنايته لكن وليّ الدم بالخيار بين قتله وبين استرقاقه وليس لمولاه فكّه مع كراهيه الولیّ.

الشَرح: ديته عن ديه مولاه الذمّی أخذاً بعموم الخبر.

ولكن لا يخفى من عدم وجود الخبر المزبور فی كتب أخبارنا والاستناد إليه فی رفع اليد عما ذكرنا من مقتضی الروايات مشكل جدّاً.

وما يظهر من صاحب الجواهر قدس سره من التمسّک فيما إذا كان العبد الذمّی المقتول لمسلم بالاطلاق فی قوله عليه السلام «ديه العبد قيمته» لم يظ هر للتمسک بالاطلاق المزبور وجه بعد ورود القيد بأنّ الديه قيمته ما لم يتجاوز ديته ديه الحرّ الظاهر فی الحرّ المسلم إذا كان العبد مسلماً والحرّ الذمّی إذا كان العبد المقتول ذمّياً، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] بلا خلاف يعرف لقوله عليه السلام فی موثقه سماعه: «يقتل العبد بالحرّ»(۱)، وصحيحه زراره عن أحدهما عليه السلام : «فی العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(۲)، وظاهر هذه الصحيحه انّ الاختيار بيد ولیّ المقتول وليس لمولاه إلزام ولیّ المقتول بأخذ الديه ونحوها غيرها كما أنّ الولیّ ليس له إلاّ ـ الاقتصاص من العبد واسترقاقه وليس له إلزام مولاه بإعطاء الديه أو إلزامه بردّ التفاوت بين قيمه العبد وديه المقتول بعد الاقتصاص من العبد أو استرقاقه، حيث إنّ مولى العبد لا يغرم أكثر من نفس العبد.

كما يدلّ على ذلک مضافاً إلى ظاهر الصحيحه أیّ إطلاقها المقامی صحيحه محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام حيث ورد فيه «انّ العبد لا يغرم أهله وراء نفسه شيئاً»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۳: ۷۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۱: ۷۳.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲: ۱۵۷.

ولو جرح حراً كـان للمجروح الاقتصـاص منه، فـإن طلب الـديه فكّه مولاه بأرش الجنايه[١] ولو امتنع كـان للمجروح استرقاقه إن أحاطت به الجنايه وإن قصـر أرشـها كان له أن يسترقّ منه بنسبه الجنايه من قيمته، وإن شاء طالب ببيعه وله من ثمنه أرش الجنايه فإن زاد ثمنه فالزياده للمولى.

الشَرح:

[١] فللمولى فكّ عبـده بأرش جنايته فإن أبى من فكّه بأرش الجنايه يكون المجنى عليه على التخيير بين أن يسترقّ العبـد كلّه إذا أحـاطت أرش جنـايته تمـام قيمته، أو بمقـدار نسـبه أرش الجنايه إلى قيمته فيكون العبـد مشتركاً بينه وبين مولاه وبين أن يطالب مولاه بالبيع ويستوفى من ثمنه أرش الجنايه، وإن زادت قيمته عن أرشها فالزياده للمولى.

ولكن الوارد فى حكم جنايه العبـد على الحرّ صـحيحه الفضـيل بن يسار عن أبى عبـداللّه عليه السـلام أنّه قال فى عبـد جرح حرّاً فقـال: «إن شـاء الحرّ اقتصّ منه وإن شـاء أخـذه إن كـانت الجراحه تحيـط برقبته وإن كانت لا تحيط برقبته إفتـداه مولاه فإن أبى مولاه أن يفتـديه كان للحرّ المجروح من العبـد بقـدر ديه جراحه والباقى للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه ويردّ الباقى على المولى»(١).

وظاهرها أنّ للمجنىّ عليه الاقتصاص من العبد وإذا لم يقتصّ له استرقاق العبد إذا كان أرش جنايته مسـتوعباً لتمام قيمته، وأمّا إذا لم يسـتوعب أرشها قيمته فللمولى أن يفكّ عبده بأرش الجنايه فإن امتنع يكون العبد مشتركاً بين مولاه والمجنى عليه بنسبه أرش جنايته إلى قيمته فيباع العبد ويأخذ المجنى عليه مقدار حصته ويكون الباقى للمولى. والفرق بين مدلولها وبين ما ذكره الماتن فى أمرين:

أحـدهما: إنّ مـدلول الصـحيحه أنّ للمجنى عليه استرقـاق العبـد فيمـا إذا أحاطت جنايتها بقيمته وليس للمولى إلزام المجنى عليه بأخذ أرش الجنايه ويدلّ على ذلك

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٨ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢: ١۵۴.

ولو قتل العبـد عبداً عمداً[۱] فـالقود لمولاـه، فإن قتل جاز وإن طلب الـديه تعلّقت برقبه الجانى، فإن تساوت القيمتان كان لمولى المقتول استرقـاقه ولاـ يضـمنه مولاـه لكن لو تبرّع فكّه بقيمه الجنايه وإن كانت قيمه القاتل أكثر فلمولاه منه بقـدر قيمه المقتول، وإن كانت قيمته أقلّ فلمولى المقتول قتله أو استرقاقه ولا يضمن مولى القاتل شيئاً إذ المولى لا يعقل عبداً.

الشَرح:

أيضاً صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام «فى عبد جرح رجلين قال: هو بينهما إن كانت جنايته تحيط بقيمته»(۱).

وعلى الجمله ظاهر الصـحيحتين أنّ مع إحاطه أرش جنايه العبد على الحرّ بقيمته يكون للحرّ المجنى عليه الاقتصاص من العبد أو استرقاقه مع أنّ ظاهر الماتن انّ استرقاقه مترتّب على امتناع مولاه عن أداء أرش جنايته حتى ما إذا كان أرش جنايته محيطاً بقيمته.

ثانيهما: انّ مع عـدم إحاطه أرش جنايه العبـد بقيمته يكون المجنى عليه مخيراً بين الاقتصاص وطلب أرش الجنايه من مولاه، فإن امتنع المولى عن فك العبـد بأداء أرش الجنايه فهو يعنى العبد يكون مشتركاً بين المولى والمجنى عليه فيباع العبد كساير الأموال المشتركه، فيأخـذ كلّ منهما من ثمنه حصـتّه. فالمتعيّن الأخـذ بمـدلول الصـحيحه لعدم قيام وجه معتبر على التصـرّف فى مدلول الصـحيحتين وحمـل البيع فى صـحيحه الفضـيل على تخيير المجنى عليه مع أنّ ظاهرها كون البيع من مقتضـى اشتراك العبـد بين المجنى عليه ومولاه.

[۱] إذا قتل العبد عبداً كان لمولى العبد المقتول القصاص من العبد القاتل، حيث إنّ ولى الدم للعبد المقتول مولاه، ويشـهد لقتل العبد بالعبد والأمه بالأمه بل الأمه بالعبد

ص :۹۷

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۱: ۷۷.

....

الشَرح:

والعبد بالأمه قوله سبحانه: «النفس بالنفس» «والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى» والحكم فى الجمله مما لا إشكال فيه ولا تأمّل.

إنّما الكلام فى جهات:

الأولى: ما هو ظاهر الماتن قدس سره من أنّ لمولى العبد المقتول الاختيار فى أن يقتصّ من العبد القاتل وأن تطلب الديه، وبما أنّ المولى لا يغرم وراء نفس العبد شيئاً وأنّ جنايه العبد تكون الديه فى رقبته، يكون مقتضى ذلك أنّ له استرقاقه.

أضف إلى ذلك ما تقدّم فى قتل العبد حرّاً من أنّ ولىّ الحرّ المقتول مخيّر بين قتل العبد وبين استرقاقه كما يدلّ عليه الروايات كصحيحه زراره عن أحدهما عليه السلام «فى العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(۱)، وإذا جاز الاسترقاق وترك قتل العبد إذا قتل الحرّ يكون ترك قتله وجواز استرقاقه أولى فيما قتل العبد عبداً كما قيل.

ولكن لا يخفى ما فى الوجهين فإنّ الثابت للولىّ فى القتل العمدى هو حقّ القصاص من القاتل وأمّا ثبوت الديه فيحتاج إلى التراضى بينه وبين القاتل، وقد خرجنا عن ذلك فيما إذا قتل العبد حرّاً لدلاله صحيحه زراره وغيرها أنّ ولىّ المقتول مخيّر بين الاقتصاص من العبد القاتل أو استرقاقه ورفع اليد عنه فيما إذا قتل العبد عبداً بأن يلتزم أنّ لمولى العبد المقتول استرقاق العبد القاتل ولو بلا رضا مولاه فيحتاج إلى قيام دليل عليه والأولويه التى ذكرها فى الجواهر(۲) لم يظهر لها وجه صحيح.

والجهه الثانيه: أنّ العبد المقتول إذا كانت قيمته مختلفةً مع قيمه العبد القاتل

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۷۳.

۲- (۲) جواهرالكلام: ۴۲/۱۰۳.

....

الشَرح:

بـأن كـان قيمه العبـد القاتل أكثر واقتصّ منه مولى العبـد المقتول فهل عليه ردّ الزايـد على مولى العبـد القاتل أو ليس عليه الردّ؟ المنسوب إلى العلاّـمه فى القواعـد والمختـار فى المسالـك هو لزوم الردّ، لأـنّ فى العبـد يلاحـظ فيه المـاليه فلاـ يسـتوفى الزايد بالناقص، نعم إذا كان الأمر بالعكس بأن كان قيمه العبـد المقتول أكثر فمع الاقتصاص من العبد القاتل لا يكون على مولاه شـىء حيث إنّ المولى لا يغرم وراء نفس العبد شيئاً.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الآيه المباركه مقابله النفس بالنفس فى الحرّ وفى العبد، حيث ذكر سـبحانه النفس بالنفس والعبد بالعبد والخروج عن ذلـك يحتـاج إلى قيـام دليـل عليه وليس فى المقام ما يحسب دليلًا على الخروج، فيجوز لمولى المقتول قتل العبد القاتل من غير ردّ شىء إلى مولاه إذا زادت قيمته عن قيمه العبد المقتول.

والجهه الثالثه: فيما إذا قتل العبـد الأمه أو قتلت الأمه عبداً فهل يؤخذ بمقتضـى قوله سـبحانه «النفس بالنفس»(1) ويحكم بأنّه إذا أراد مولى الأـمه المقتوله القصـاص من العبـد القاتل لا يرد على مولاه نصف قيمته، كما أنّه إذا أراد مولى العبـد الـذى قتله الأمه الاقتصاص منها لا يأخذ من مولاها نصف قيمه عبده لما تقدمّ من أنّ المولى لا يغرم غير نفس العبد شيئاً؟

الصـحيح ذلـك، لم تقـدّم من ظهور الآـيه فى مقـابله النفس بـالنفس والخروج عن ذلك فى الحرّ والحرّه إذا قتلت المرأه رجلًا، كان لقيام الدليل عليه وأنّه إذا أراد أولياء الحرّه قتل الرجل الحرّ فعليهم ردّ نصف ديّته.

ثمّ إنّه إذا بنى على أنّ لمولى المقتول استرقاق العبد ولو بلا رضا مولاه لأنّ الديه

۱- (۱) سوره المائده: الآيه ۴۵.

....

الشَرح:

تتعلق برقبه العبد ويقتضى التعلّق بها جواز استرقاقه يكون استرقاق العبد بتمامه فى صورتين:

إحداهما: ما إذا كانت قيمه العبد المقتول أو الأمه المقتوله مساويه مع قيمه العبد القاتل.

ثانيتهما: ما إذا كانت قيمه المقتول أكثر من قيمه العبد القاتل فإنّه لا يكون لمولى المقتول إلّا قتل العبد القاتل أو استرقاقه ولا يضمن مولى القاتل شيئاً، حيث إنّ أهل العبد لا يغرم وراء نفسه شيئاً وأنّ المولى لا يعقل عبده، وأمّا إذا انعكس الأمر بأن كان قيمه القاتل أكثر من قيمه المقتول فقد تقدّم فى الجهه الثانيه أنّ لمولى المقتول قتله ولا يرد على مولى القاتل مع قتل القاتل شيئاً.

وأمّا إذا أراد استرقاق القاتل فلا يسترقّ منه بأكثر من قيمه مقتوله، لأنّ ديه مقتوله قيمته فأخذ تلك القيمه وتعلّقها برقبه القاتل الاسترقاق بمقدارها وقد تقدّم أنّ فى جرح العبد الحرّ إذا كانت قيمه العبد أكثر من ديه الجرح فيسترق المجنى عليه مع امتناع مولاه عن دفع أرش جنايه عبده بمقدار أرش الجنايه.

بقى فى المقام أمر وهو أنّ ظاهر كلام الماتن أنّ مولى العبد المقتول إذا طلب الديه لا تكون الديه مضمونه على مولى العبد القاتل حيث أنّ المولى لا يعقل العبد إلّا أنّه إذا أراد فكّ عبده من جنايته فكّه بأرش جنايه عبده وأرش جنايه عبده فى المقام قيمه العبد المقتول.

ولكن لا يخفى أنّه لا دليل على جواز فكّه جنايه عبده بأرش جنايه عبده أو بقيمه عبده القاتل أو بأقل الأمرين من غير رضا مولى العبد المقتول. نعم إذا تضمّن طلبه الديه

ولو كـان القتل خطأً كان مولى القاتل بالخيار بين فكّه بقيمته[۱ [ولاـ تخيير لمولى المجنى عليه وبين دفعه، وله منه ما يفضل عن قيمه المقتول وليس عليه ما يعوز.

الشَرح:

الرضا بالفكّ كان لمولى العبد القاتل الفك المزبور.

[۱] إذا قتل العبـد عبـداً أو أمه خطأً فقـد تقـدّم ما يـدلّ على أنّ جنايه العبـد تتعلق برقبته ولا يعقل المولى العبد ولكن مولى العبد القاتـل مخيّر بين إعطـاء قيمه العبـد المقتول أو الأـمه المقتوله وبين دفع العبـد إلى مولى المقتول فيسترقّه بتمـامه إذا كـانت قيمته مساويه لقيمه المقتول أو المقتوله أو أقل.

وأمّا إذا كانت قيمه العبد القاتل أكثر، فلمولاه الزايد على قيمه المقتول أو المقتوله.

والوجه فى ذلـك أنّ مقتضـى كون جنـايه العبـد على رقبته وليس على مولاـه ضـمان جنـايته انّه إذا كانت قيمه المقتول أكثر فلا يتحمـل مولى القاتـل شيئاً ولاـ يكون عليه ما يعوز بخلاف ما كانت قيمته أكثر فإنّه ليس لمولى المقتول غير ديته، وبما أنّ تلك الديه برقبه العبد فيسترق منه مقدار ديه المقتول.

وأمّا أنّ لمولى القاتل دفع ديه العبد المقتول أو المقتوله وأنّه مخيّر بين دفعها ودفع عبده فيدلّ عليه صحيحه محمد بن حمران عن أبى عبـدالله عليه السـلام «فى مـدبّر قتل رجلًا خطأً قال: إن شاء مولاه أن يؤدّى إليهم الديه وإلّا دفعه إليهم يخدمهم»(۱)، فإنّه لا فرق كما سـيأتى بين القنّ والمـدبّر فى هـذا الحكم، وأنّ المـدبّر مادام لم يمت مولاه الـذى دبّره بحكم القنّ وبهما يرفع اليد عن اطلاق صـحيحه أبى بصـير الـدالّه على تعيّن دفع العبـد القاتل إلى وليّ المقتول، قال: «سألت أبا جعفر عليه السـلام عن مـدبّر قتل رجلًا عمداً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳: ۱۵۵.

ولو اختلف الجانی ومولی العبد فی قیمته یوم قتل، فالقول قول الجانی مع یمینه إذا لم یکن للمولی بیّنه[۱].

الشَرح:

فقـال: یقتـل به قـال: قلت: فـإن قتله خطأً؟ قال فقال: یـدفع إلی أولیاء المقتول فیکون لهم رقّاً فإن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا استرقّوا ولیس لهم أن یقتلوه قال ثمّ قال: یا أبا محمد إنّ المدبّر مملوک»(۱). ونحوها صحیحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن مکاتب قتل رجلاً خطأً قال فقال: إن کان مولاه حین کاتبه اشترط علیه ان عجز فهو ردّ فی الرق فهو بمنزله المملوک یـدفع إلی أولیـاء المقتول فـإن شـاؤوا استرقّوا وإن شـاؤوا باعوا» الحـدیث، هـذا علی روایه الصـدوق. وفی روایه الکلینی کما فی الوسائـل: «فـإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا»(۲) فهو سـهو لعـدم ثبوت القصـاص فی القتـل الخطئی ولو کان المراد بالخطأ مقابل الصواب لا مقابل العمد خرج الخبر عن مورد الکلام وهو قتل العبد خطأً.

فإنّهمـا وإن کانتـا ظـاهرتین فی قتـل المملوک حرّاً خطأً إلاّ أنّه لا فرق بین قتله الحرّ أو العبـد فی کون الـدیه فی رقبه العبـد، وقد دلّت صحیحه محمد بن حمران علی أنّ للمولی فکّ العبد الجانی خطأً بإعطاء دیه المقتول کان المقتول عبداً أو حراً.

[۱] والوجه فی ذلک انّ مولی العبـد المقتول یـدّعی الزیاده علی ما یعترف به مولی العبـد القاتل أو الجانی، فإن أقام بیّنه علی أنّ قیمه عبده عند القتل کانت تلک الزیاده فهو، وإلاّ یحلف الجانی أو مولی المقتول علی نفی تلک الزیاده.

نعم لو ردّ الجانی أو مولی العبد القاتل الحلف علی مولی المقتول فحلف ثبتت تلک الزیاده علی ما هو میزان القضاء.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۷۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۶ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۷۸.

والمدبّر كالقنّ[١] ولو قتـل عمـداً، قُتـل. وإن شـاء الولى استرقـاقه كان له، ولو قتل خطأ فإن فكّه مولاه بأرش الجنايه، وإلّا سـلّمه للرقّ وإذا مـات الـذى دبّره، هـل ينعتق؟ قيـل لاـ لأـنّه كالوصـيه، وقـد خرج عن ملكه بالجنايه فيبطل التـدبير، وقيل: لا يبطل، بل ينعتق، وهو المروى. ومع القول بعتقه هل يسـعى فى فكّ رقبته؟ فيه خلاف، الأشـهر أنّه يسعى، وربما قال بعض الأصحاب يسعى فى ديه المقتول ولعلّه وهمٌ.

الشَرح:

وفى روايه أبى الورد قـال: «سـألت أبا جعفر عليه السـلام عن رجل قتل عبـداً خطأً، قال: عليه قيمته ولا يجاوز بقيمته عشـره آلاف درهم قلت ومن يقوّمه وهو ميّت؟ قـال: إن كـان لمولاـه شـهود أنّ قيمته يوم قتل كان كـذا وكـذا أخـذ بها قاتله وإن لم يكن له شهود على ذلـك كـانت القيمه على من قتله مع يمينه يشـهد بـاللّه مـا له قيمه أكثر مما قوّمته فإن أبى أن يحلف وردّ اليمين على الولى فإن حلف المولى أعطى ما حلف عليه» الحديث(١).

[١] لما تقدّم فى صـحيحه أبى بصـير من أنّ المدبّر مملوك فيجرى عليه ما جرى على قتل العبد عمداً أو خطأً سواء كان المقتول حرّاً أو عبـداً، فـإن كـان قتله عمـداً كـان ولىّ المقتول مخيّراً بين قتله قصاصـاً أو استرقـاقه، وإن كان قتله خطأً يكون مولى القاتل مخيّراً بين فكّه بالديه وتسليمه إلى مولى المقتول أو وليّه.

ثمّ يقع الكلاـم فى أنّه صـار رقّاً لمولى المقتول أو لأوليـائه فهل يكون فى ملكهم أيضاً مـدبّراً نظير ما ذكرنا فى بيع الراهن العين المرهونه ولازم ذلك أن ينعتق العبد القاتل بمجرّد موت مولاه الذى دبّره أو أنّ التدبير كالوصـيه بالعبد وإذا خرج العبد الموصى به للغير عن ملك الموصى بالبيع أو بالصلح ونحوها تبطل الوصيه.

ومقتضى صحيحه محمد بن حمران انتقال العبد إلى ولى المقتول مدبّراً حيث

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٧ من أبواب ديات النفس، ١: ١٥٣.

....

الشَرح:

روی عن أبی عبداللّه علیه السلام فی مدبّر قتل رجلًا خطأً قال: «إنّ شاء مولاه أن یؤدّی إلیهم الدیه وإلّا دفعه إلیهم یخدمهم فإذا مات مولاه الذی أعتقه رجع حرّاً»(۱). ونحوها صحیحه جمیل قال: «قلت: لأبی عبداللّه علیه السلام : مدبّر قتل رجلًا خطأً من یضمن عنه؟ قال: یصالح عنه مولاه فإن أبی دفع إلی أولیاء المقتول یخدمهم حتی یموت الذی دبّره ثمّ یرجع حرّاً لا سبیل علیه»(۲). وظاهر هذه أنّه لا یطالب بعد حرّیته بشیء ولا یستسعی، وقد نقل ذلک عن ظاهر المفید قدس سره .

ولکن المنقول عن الشیخ فی نهایته وکتابی الأخبار أنّه یستسعی فی دیه المقتول لأنّ دیته علیه وذکر الماتن قدس سره أنّ الاستسعاء فی دیه المقتول وهم، لأنّ رقبه العبد صارت دیه المقتول ولو کان علیه بعد انعتاقه عوضاً یکون العوض قیمه رقبته کما یدلّ علیه خبر هشام بن أحمر، قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام عن مدبّر قتل رجلًا خطأً قال: أیّ شیء رویتم فی هذا؟ قال: قلت: روینا عن أبی عبداللّه علیه السلام یتلّ برمّته إلی أولیاء المقتول فإذا مات الذی دبّره اعتق، قال: سبحان اللّه فیبطل دم امرء مسلم قال: هکذا روینا قال: غلطتم علی أبی یتلّ برمّته إلی أولیاء المقتول فإذا مات الذی دبّره استسعی فی قیمته»(۳).

ولو کانت هذه الروایه تامّه سنداً لکان المتعیّن الالتزام بمدلولها لحکومتها بنظرها إلی المروی عن أبی عبداللّه علیه السلام ولکن ضعفها سنداً یمنع عن الأخذ بها وطرح المروی عن أبی عبداللّه علیه السلام ودعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور لا یمکن المساعده

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳: ۱۵۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۱: ۱۵۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۵: ۱۵۵.

والمكاتب إن لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً أو كان مشروطاً فهو كالقنّ[١]،

الشَرح:

عليها، لأنّ الشّهره على تقديرها فى العمل بمضمونها لوجه آخر وهو ما يقال من أنّ لازم انعتاقه بعد موت المولى الذى دبّره بلا استسعاء ذهاب دم المقتول هدراً حيث إنّه يمكن أن يكون قتل المدبّر خطأً فى زمان ثم ان يموت مولاه فى زمان ثان قبل أن يسترّقه أولياء المقتول أو مولى المقتول، وهذا وإن كان غير صحيح لأنّ المفروض فى صحيحتى محمد بن حمران وجميل استرقاق المدبّر إلى حين موت المولى الذى دبّره وهذا الاسترقاق الديه التى تعلّق برقبه العبد، وإذا انعتق بموت مولاه لا يكون عليه شىء، نظير ما إذا مات بعد استرقاقه، بخلاف ما إذا مات مولاه قبل الاسترقاق، فإنّ ديه المقتول على العبد المعتق حيث لم يؤدّ الديه فيكون عليه الاستسعاء فى ديه المقتول.

وعلى الجمله، المتعيّن الأخذ بصحيحتى محمد بن حمران وجميل فى مورد دلالتهما، وفى غيره يؤخذ بما ذكرنا من استسعائه بعد انعتاقه فى ديه المقتول.

[١] بلا خلاف ظاهر أو منقول، ويشهد لذلك ما ورد فى صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مكاتب قتل رجلاً خطأً قال: فقال: إن كان مولاه حين كاتبه اشترط عليه إن عجز فهو ردّ فى الرق فهو بمنزله المملوك يدفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا وإن كان مولاه حين كاتبه لم يشترط عليه وكان قد أدّى من مكاتبته شيئاً» الحديث(١)، فإنّ ظاهرها أنّ المكاتب المشروط كما هو مقتضى الصدر والمكاتب المطلق الذى لم يؤد شيئاً من مال الكتابه كما هو مقتضى التقييد (فى ثبوت الحكم الآخر بقوله عليه السلام وقد أدّى من مكاتبته شيئاً) بحكم المملوك القنّ، فيجرى عليهما حكم القنّ الذى قتل حرّاً عمداً من تخيير أولياء المقتول بين الاقتصاص وبين استرقاقه إلاّ أن توافق أولياء المقتول مع مولاه على دفع قيمته على ما

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ۴۶ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢: ٧٨.

وإن كان مطلقاً[١] وقد أدّى من مال الكتابه شيئاً تحرّر منه بحسابه، فإذا قتل حرّاً عمداً قتل به وإن قتل مملوكاً فلا قود وتعلّقت الجنايه بما فيه من الرقبه مبعّضه فيسعى فى نصيب الحرّيه ويسترقّ الباقى منه أو يباع فى نصيب الرق.

الشَرح:

تقدّم فى فكّه.

ويدلّ على ذلك أيضاً ما ورد فى صحيحه أبى ولّاد الحنّاط «إنّ المكاتب إن لم يكن قد أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّه يقاصّ العبد به»(١)، فإن قتل العبد القاتل بقتله عبداً من حكم القنّ كما لا يخفى، وعلى ذلك فلو قتل المشروط أو المكاتب المزبور عمداً فيجرى عليه الاقتصاص والاسترقاق أو فكّ مولاه.

[١] إذا كان المكاتب مطلقاً وقد أدّى من مال الكتابه شيئاً تحرّر بمقدار الأداء حيئذ إن قتل حرّاً فلأولياء المقتول الاقتصاص منه ولهم أن يسترقّوه فى مقدار ما بقى من رقّيته وليس لهم مطالبه العبد أو مولاه بالديه فى نصيب حرّيته لأنّ الثابت لولىّ المقتول القصاص أو الاسترقاق، وحيث إنّه لا يمكن استرقاق المكاتب فى مقدار حرّيته يتعيّن استرقاقه فى نصيب الرقّيه.

نعم، إذا رضى المكاتب بدفع الديه فى نصيب حريته فيسعى فى نصيب الحرّيه كما هو الحال فيما إذا قتل المكاتب الذى اَدّى بعض مال الكتابه عبداً عمداً فإنّه لا يتعلق بالمكاتب الّذى تحرّر منه البعض القصاص بقتله العبد فإنّ تحرّر بعض العبد يوجب كونه كالحرّ فى عدم قتله بالعبد، ويكون لمولى العبد المقتول استرقاق بعض المكاتب أى نصيب رقّيته، ومعه تبطل عقد الكتابه بالإضافه إلى نصيب رقّيته ويسعى العبد فيما تعلّق بذمّته من قيمه العبد المقتول، مثلًا إذا قتل المكاتب الذى تحرّر منه ثلثه عبداً عمداً يساوى قيمته تسعمائه دينار يتعلّق بذمّه المكاتب ثلثه أى ثلاثمائه دينار، وإذا

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ۴۶ من أبواب ديات النفس، الحديث ١: ٧٨.

....

الشَرح:

استرقّ مولی العبد المقتول ثلثی المکاتب لکون ثلثیه یساوی ستمائه دینار، أو أقلّ تبطل عقد الکتابه فی ثلثیه ویسعی المکاتب فی ثلاثمائه دینار التی تعلّق بذمّته وإذا کان ثلثا المکاتب أکثر قیمه من ستمائه دینار وقلنا بأنّ مولی المکاتب مخیّر بین فکّه بإعطاء ستمائه دینار إلی مولی العبد المقتول وبین دفعه للاسترقاق علی ما تقدّم.

فإن فکّه یبقی عقد الکتابه بحاله، وإن دفعه للاسترقاق ففی بقاء عقد الکتابه بحاله بالاضافه إلی الجزء الزاید أو لزوم دفع مولی العبد المقتول الزاید من قیمه المکاتب إلی مولاه وجهان لا یبعد الأول، لأنّه لیس لولی العبد المقتول الاسترقاق إلاّ بمقدار قیمه عبده التی تعلّقت برقبه المکاتب فی حصتّه رقبته. ثمّ انّ المکاتب الذی تحرّر بعضه وقتل عبداً متعمداً إذا عجز عن السعی فمع عدم المال له یکون الدیه علی مولاه المکاتب.

ویدلّ علی جمیع ما ذکرنا صحیحه أبی ولّاد. فإنّه روی فی الفقیه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن أبی ولّاد قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن مکاتب جنی علی رجل حرّ جنایه، فقال: إن کان أدّی من مکاتبته شیئاً غرم فی جنایته بقدر ما أدّی من مکاتبته للحرّ وإن عجز عن حقّ الجنایه أخذ ذلک من المولی الذی کاتبه قلت: فإن کانت الجنایه لعبد؟ قال: علی مثل ذلک یدفع إلی مولی العبد الذی جرحه المکاتب ولا یقاصّ بین المکاتب وبین العبد إذا کان المکاتب قد أدّی من مکاتبته شیئاً فإن لم یکن أدّی من مکاتبته شیئاً فإنّه یقاصّ للعبد منه أو یغرم المولی کلّ ما جنی المکاتب لأنّه عبده ما لم یؤدّ من مکاتبته شیئاً»(۱). والصحیحه مرویّه فی الفقیه کما ذکرنا.

ص: ۱۰۷

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه: ۴/۱۲۹.

ولو قتل خطأَ فعلی الإمام بقدر ما فیه من الحریه وللمولی الخیار بین فکّه بنصیب الرقبه من الجنایه وبین تسلیم حصّه الرق لتقاصّ بالجنایه[۱].

الشَرح:

وأمّا علی روایه الکلینی والشیخ ففی صدرها عن مکاتب اشترط علیه مولاه حین کاتبه ولکن الصحیح ما فی الفقیه فإنّ المکاتب المشروط بحکم القنّ ولا یناسب ما ذکر من بعده، وقوله علیه السلام : «علی مثل ذلک» مقتضاه أنّ مع عجز المکاتب عمّا یتعلّق بذمّته یکون علی مولاه إذا قتل عبداً متعمداً کما هو ظاهر صدرها فی الجنایه علی الحرّ.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه إذا قتل المکاتب الذی تحرّر منه البعض حرّاً أو عبداً خطأً یتعلّق من دیه الحر أو قیمه العبد فی نصیب حرّیته علی عهده الإمام ومولاه المکاتب بالکسر ، مخیّراً بین فکّه فی نصیب الرقّیه من الجنایه بدفع قیمه نصیب رقّیته أو دفعه للاسترقاق.

ویستدلّ علی ذلک بمعتبره عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی مکاتب قتل رجلًا خطأً قال: علیه دیّته بقدر ما اعتق وعلی مولاه ما بقی من قیمه المملوک فإن عجز المکاتب فلا عاقله له إنّما ذلک علی إمام المسلمین»(۱).

وصحیحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن مکاتب قتل رجلًا خطأً قال: فقال: إن کان مولاه حین کاتبه اشترط علیه إن عجز فهو ردّ فی الرق فهو بمنزله المملوک، فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا وإن کان مولاه حیث کاتبه لم یشترط علیه وکان قد أدّی من مکاتبته شیئاً فإنّ علیّاً علیه السلام کان یقول یعتق من المکاتب بقدر ما أدّی من مکاتبته فإنّ علی الإمام أن یؤدّی إلی أولیاء المقتول من الدیه بقدر ما أعتق من المکاتب ولا یبطل دم امری ء مسلم وأری أن یکون ما بقی علی المکاتب مما لم یؤدّه رقّاً لأولیاء

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۱: ۱۵۷.

وفی روایه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهماالسلام : «إذا أدّی نصف ما الشَرح:

المقتول یستخدمونه حیاته بقدر ما أدّی ولیس لهم أن یبیعوه»(۱).

ولکن تقیید ما یتعلّق بذمّه المکاتب علی الإمام بصوره عجزه فی المعتبره المتقدمه یوجب تقییداً لاطلاق فی صحیحه محمد بن مسلم ویکون ما علیه علی الإمام فی صوره عجزه من الأداء کما أنّ ظاهر هذه الصحیحه بقاء عقد الکتابه وعدم صیرورته رقّاً إلاّ بمقدار استیفاء الدیه الباقیه علیه.

وقیل إنّ المراد بالنهی عن بیعه هو النهی عن بیع جمیع المکاتب.

ولکن ذلک خلاف ظاهر تقیید استخدامه مدّه حیاته بالمقدار الذی بقی علیه من مقدار الدیه.

والإشکال فیها بأنّ ظاهر صدرها فرض الجنایه ووقوع القتل عمداً وفی القتل عمداً لا تکون الدیه حتی تکون فی مقدار حرّیه علی الإمام.

یمکن دفعه بأنّ المراد من صدرها أیضاً القتل خطأً وما فیه «فإن شاؤوا قتلوا» نسخه فإنّ الصدوق قدس سره رواها هکذا «وإن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا استرقّوا».

والمتحصّل ممّا ذکرنا أنّ ما فی اطلاق عباره الماتن من کون دیه الحرّ المقتول خطأً أو قیمه العبد المقتول خطأً فی مقدار حرّیه المکاتب علی بیت المال یؤدیه الإمام لا یمکن المساعده علیه بل کون مقدارهما علی الإمام إنّما هو فیما لم یکن للمکاتب مال ولم یتمّکن من تحصیله، وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سلیمان من أنّ مولی المکاتب ما بقی من قیمه المکاتب المراد منه جواز فکّ المولی علی ما تقدّم.

ص :۱۰۹

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۶ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۷۸.

عليه فهو بمنزله الحرّ»[۱] وقد رجّحها فى الاستبصار ورفضها فى غيره.

والعبد إذا قتل مولاه جاز للولى قتله[۲] وكذا لو كان للحرّ عبدان فقتل أحدهما الآخر كان مخيراً بين قتل القاتل والعفو.

الشَرح:

[۱] روى على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن مكاتب فقأ عين مكاتب أو كسر سنّه ما عليه؟ قال: إن كان أدّى نصف مكاتبته فديّته ديه حرّ، وأن كان دون النصف فبقدر ما اعتق، وكذا إذا فقأ عين حرّ. وسألته عن حرّ فقأ عين مكاتب أو كسر سنّه قال: «إذا أدّى نصف مكاتبته تفقأ عين الحرّ أو ديّته إن كان خطأ هو بمنزله الحرّ وإن لم يكن أدّى النصف قوّم فأدّى بقدر ما اعتق منه وسألته عن المكاتب الذى أدّى نصف ما عليه قال: هو بمنزله الحر فى الحدود وغير ذلك من قتل أو غيره. وسألته عن مكاتب فقأ عين مملوك وقد أدّى نصف مكاتبته قال: يقوّم المملوك ويؤدّى المكاتب إلى مولى المملوك نصف ثمنه»(۱). وظاهرها خلاف ما تقدّم من أنّ المكاتب فى مقدار حرّيته تكون الديه عليه وفى مقدار رقّيته تتعلّق الديه برقبته وللمولى فكّه بلا فرق بين أدائه من مال الكتابه نصفه أو أقلّ منه.

ولو كانت الروايه معتبره لأمكن رفع اليد بها عن إطلاق ما تقدّم، ولكن فى سندها محمد بن أحمد العلوى ولم يثبت له توثيق فإنّ الشيخ قدس سره رواها بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن أحمد العلوى عن العمركى الخراسانى عن على بن جعفر.

[۲] إذا قتل العبد مولاه عمداً يكون لولى المولى قتله، وكذا إذا كان له عبدان قتل أحدهما الآخر عمداً فإنّه يكون للمولى قتل الآخر قصاصاً أو العفو عنه، وأمّا الاسترقاق

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳: ۱۵۷.

....

الشَرح:

فلا مورد له لأنّ القاتل فی الأول ملک لأولیاء المولی وفی الثانی ملک للمولی والمملوک لا یسترقّ مالکه.

وفی موثقه إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل له مملوکان قتل أحدهما صاحبه أله أن یقیده به دون السلطان إن أحبّ ذلک؟ قال: هو ماله یفعل به ما شاء إن شاء قتل وإن شاء عفا»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۷۶.

مسائل ستّ

الأولی: لو قتل حرّ حرّین

الأولی: لو قتل حرّ حرّین فلیس لأولیائهما إلاّ قتله ولیس لهما المطالبه بالدیه[۱].

الشَرح:

[۱] المراد أنّه لیس لأحدهما أو کلاهما المطالبه بالدیه من مال القاتل لما تقدّم من أنّ الثابت لولیّ الدم فی القتل عمداً هو القصاص دون مطالبه الدیه فإن قتلاه قصاصاً لیس لهما المطالبه بنصف الدیه لمقتولهما، لأنّه لا یجنی الجانی أکثر من نفسه.

وأمّا لو اقتصّ أحدهما من القاتل ابتداءً فهل لأولیاء الآخر طلب الدیه من ماله حیث فات مورد القصاص فینتقل الأمر إلی مطالبه الدیه أو أنّه لیس لهم المطالبه بها؟

المنسوب إلی المشهور أنّه لیس لهم المطالبه، لأنّ الجانی لا یجنی أکثر من نفسه، وعن جماعه أنّ لهم المطالبه کما إذا قتل شخص الآخر عمداً فمات القاتل قبل القصاص منه، ویستفاد ذلک من موثقه أبی بصیر، قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل رجلًا متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم یقدر علیه قال: «إن کان له مال أخذت الدیه من ماله وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب، وإن لم یکن له قرابه أداه الإمام فإنّه لا یبطل دم امری ء مسلم»(۱)، فإن مقتضی التعلیل عدم الخصوصیه لهرب القاتل بل کلّما لم یکن القصاص منه لموته ولو بالقصاص منه من أولیاء أحد المقتولین ینتقل الأمر إلی الدیه من ماله وإن لم یکن له مال فإلی عاقلته ویأتی إن شاء اللّه تعالی أنّ الأظهر ما اختاره جماعه من الأصحاب خلافاً للمشهور.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحدیث ۱: ۳۰۲.

ولو قطع يمين رجل ومثلها من الآخر قطعت يمينه بالأول ويساره بالثانى[۱] الشَرح:

ومـا يقال من أنّ الجانى لا يجنى أكثر من نفسه يراد أنّه مع القصاص من النفس فى جنايته واحـده لما سيتّضح إن شاء اللّه تعالى وعدم استحقاق الوليين مع القصاص منه بنصب الديه، لأنّه مقتضى قوله سبحان: «النفس بالنفس» والمطالبه بردّ الزايد يحتاج إلى قيام الدليل عليه كما تقدّم.

[۱] ظاهر كلام الماتن قـدس سره وفاقاً للمشـهور عـدم جواز قطع الثانى بيمين القاطع قصاصاً بل اليمنى حقّ للأول. نعم إذا عفى الأول أو صالحه على الديه يجوز للثانى قطع يمناه.

ولعـلّ المسـتند فى ذلـك روايه حبيب السجسـتانى قـال: «سألت أبا جعفر عليه السـلام عن رجل قطع يـدين لرجلين اليمينين قال: فقال: يا حبيب تقطع يمينه للـذى قطع يمينه أوّلاً وتقطع يساره للرجل الذى قطع يمينه أخيراً لأنّه إنّما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول، قال: فقلت: إنّ عليّاً عليه السلام إنّما كان يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى فقال: إنّما كان يفعل ذلك فيما يجب من حقوق اللّه فأمّا يا حبيب حقوق المسـلمين فإنّه تؤخـذ لهم حقوقهم فى قصاص اليـد باليـد إذا كانت للقاطع يد والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد» الحديث(۱).

ولكنّ الروايه بحسب سـندها ضـعيفه، فـإنّ حبيب السجسـتانى لم يثبت له توثيق ومقتضـى ما تقـدّم فى قتل الحرّ حرّين إنّ أيّاً من المجنى عليهما سـبق إلى القصاص فله يـده اليمنى وللأخر القصاص من يـده اليسـرى، لأنّ المماثل للجنايه مع وجود اليـد اليمنى للجانى يده اليمنى، وإذا فقدت من الأصل أو بالقصاص ونحوه يكون المماثل يده اليسرى.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۲: ۱۳۱.

فلو قطع يد ثالث قيل سقط القصاص إلى الديه[۱] وقيل قطعت رجله بالثالث وكذا لو قطع رابعاً.

الشَرح:

كما يستفاد ذلک من صحيحه محمد بن قيس الوارده فى القصاص من الأعور قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : أعور فقأ عين صحيح فقال: تفقأ عينه، قلت: يبقى أعمى، قال: الحقّ أعماه»(۱)، فإنّ ظاهرها أنّ الأعور يقتصّ منه بالعين الصحيحه ولو كانت الصحيحه خلاف العين المفقوءه من حيث الطرف.

نعم لو تشاحّا فى الاقتصاص فلا يبعد رعايه الجنايه السابقه لسبق تعلّق حقّه كما لا يبعد أن تكون روايه حبيب ناظره إلى ذلک وإلّا فلو كان حقّ الثانى متعلّقاً بيده اليسرى لم يكن له قطع اليمنى ولو مع عدم قصاص الأوّل.

ولو قطع اليمنى من شخصين دفعهً وتشاحّا فى الاقتصاص من يمناه فلا يبعد الرجوع إلى القرعه.

[۱] المستند فى ذلک روايه حبيب السجستانى المتقدّمه، حيث ورد فيها «فإنّه تؤخذ لهم حقوقهم فى قصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد» حيث إنّ مقتضاها قطع الرجل ممن لا يد له فى اقتصاص من جنايه اليد.

وحيث إنّ الروايه فى سندها ضعف ويعتبر فى القصاص المماثله ولا يعدّ قطع الرجل مماثلًا للجنايه بقطع اليد فلفوات مورد القصاص ينتقل الأمر إلى الديه ولكن بناءً على العمل بالروايه انتفاء مورد القصاص يكون بعد قطع اليدين والرجلين من الجانى.

وقدّ ادّعى عدم ضعفها سنداً فإنّها قد وصفت فى كلمات بعض الأصحاب بالصحيحه وإن حمل الوصف بعضهم على كون الروايه صحيحه إلى حبيب التى يعبّر

ص :۱۱۴

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۳۴.

أمّا لو قطع ولا يد له ولا رجل كان عليه الديه لفوات محلّ القصاص[۱].

الشَرح:

عنها بالصحيح عن فلان، وقد ذكر فی الجواهر(۱) انّ حمل توصيفهم على اطلاعهم بحال حبيب أولى من حمله على الصحيح إليه، مع أنّه قد ورد فی حقّ حبيب مدح فتكون الروايه حسنه والمدح ما ذكر الكشّی عن العياشی من أنّه كان شادياً [يعنی من الخوارج] ثمّ دخل فی هذا المذهب وكان من أصحاب أبی جعفر وأبی عبداللّه عليهماالسلام وكان منقطعاً إليهما»(۲) أضف إلى ذلك عمل المشهور بالروايه، ولو كان فيها ضعف لكان عملهم جابراً لها. ولكن لا يتمّ شیء من ذلك، فإنّ التوصيف فی كلام بعض الأصحاب لا يفيد شيئاً مع عدم ثبوت التوثيق بوجه معتبر ولا يستفاد من كلام العيّاشی إلّا كونه صار إمامياً ومنقطعاً إلى الإمامين عليهم السلام وعمل المشهور غير محرز كما يظهر ذلك عن تعبير الماتن قدس سره .

نعم، ذكر الشهيد الثانی قدس سره أنّه قد عمل بها الأكثر، ولعلّ بعضه استظهر ذلك من موثقه إسحاق بن عمّار الوارد فيها: قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: تقطع يد الرجل ورجلاه فی القصاص»(۳)، ولكن ظاهر هذه أنّ قطع اليد والرجل فی القصاص غير قطعهما فی حدّ السرقه حيث لا تقطع كلا اليدين والرجلين فی الحدّ، ولكن يقطع كلّ من اليدين والرجلين فی القصاص.

[۱] فإنّه بناءً على العمل بروايه حبيب المتقدّمه فالأمر ظاهر فإنّه قد ورد فيه إنّما تجب الديه إذا قطع يد رجل وليس للقاطع يدان ورجلان فثّم ستجب عليه الديه، لأنّه ليس له جارحه يقاص منها وكذا بناءً على ما ذكرنا من أنّه مع عدم اليدين للقاطع ينتقل

۱- (۱) جواهر الكلام: ۴۲/۱۲۱.
۲- (۲) راجح المعجم: ۵/۲۰۵، رقم ۲۵۸۱.
۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۳۰.

ولو قتل العبد حرّين[۱] على التعاقب كان لأولياء الأخير، وفى روايه أخرى يشتركان فيه ما لم يحكم به للأول، وهو أشبه، ويكفى فى الاقتصاص أن يختار الولى استرقاقه ولو لم يحكم له الحاكم، ومع اختيار ولىّ الأول لو قتل بعد ذلك كان للثانى.

الشَرح:

الأمر إلى الديه فى قطع اليمنى أو اليسرى من ثالث، لأنّ كلّ مورد لم يمكن القصاص من الجانى ينتقل الأمر إلى الديه، كما يظهر ذلك، مما ورد فى موت القاتل قبل القصاص منه أو فراره، وما ورد فى موارد تخلّف شرط القصاص، إلى غير ذلك.

[۱] إذا قتل العبد حرّين دفعه كان العبد بين أوليائهما فإن شاؤوا استرقّوه فيكون عبداً لهم وإن أرادوا القصاص قتلوه وإن أراد أحدهما القصاص كان له ذلك، وإن لم يرض الآخر به فبقصاص أحدهما ينتفى الموضوع لحقّ الثانى، لأنّ جنايه العبد فى رقبته.

وعلى الجمله، ثبوت حقّ القصاص لكلّ من الوليين على سبيل الاستقلال كما هو مقتضى ما دلّ على أنّ العبد يقتل بالحرّ وبضميمه ما دلّ على أنّ جنايه العبد فى رقبته ينتفى بقصاص أحد الوليين موضوع الحقّ للثانى وهذا بخلاف ما لو استرقّه أحدهما، فإنّه إذا اختار الآخر أيضاً استرقاقه يكون بينهما، لأنّ الاسترقاق ثابت للثانى أيضاً من ملك مولاه قبل الجنايه، كما إذا اختار القصاص جاز له ذلك كما تقدّم.

وأمّا إذا قتل الحرّين على التعاقب ثبت أيضاً لكلّ من الوليين القصاص منه بنحو الاستقلال، فأىّ منهما بادر إلى القصاص منه انتفى الموضوع لحقّ الآخر، وإذا استرقّه ولىّ المقتول أوّلاً يجوز لولى المقتول الثانى القصاص منه أو استرقاقه، فإن استرقّه يكون العبد بتمامه للثانى إذا كان قتل الأخير بعد استرقاق الولى الأول، حيث إنّ جنايته تكون فى رقبته التى ملك لولىّ المقتول الأوّل.

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلك مضافاً إلى كونه على القاعده صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى عبد جرح رجلين قال: «هو بينهما إن كـانت جنايته تحيط بقيمته» قيل له: جرح رجلاً فى أوّل النهار وجرح آخر فى آخر النهار؟ قال: «هو بينهما ما لم يحكم الولى فى المجروح الأوّل» قال: «فإن جنى بعد ذلك جنايةً فإنّ جنايته على الأخير»(۱).

والمراد من الحكم الأوّل تماميّه استرقاقه من المجنى عليه الأوّل، ولـذا ذكر الماتن قـدس سره ويكفى فى الاختصاص أن يختار الولى استرقـاقه ولو لم يحكم الحـاكم، بـل المعيـار أنّه مع اختيـار ولىّ الأول استرقاقه إذا قتل الثانى يكون العبـد للثانى بأن يختار الثـانى قتله أو استرقـاقه، وهـذا بخلاـف ما إذا كانت جنايته على الثانى قبل استرقاق الأول، فإنّه يكون الحكم كما إذا قتلهما دفعةً على ما ذكرنا، ولكن فى روايه على بن عقبه عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «سألته عن عبـد قتل أربعه أحرار واحداً بعد واحد فقـال: هو لأهـل الأـخير من القتلى وإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه، لأنّه إذا قتل الأوّل اسـتحقّ أولياءه، فإذا قتل الثانى اسـتحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثانى، فإذا قتل الثالث استحقّ من أولياء الثانى فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحقّ من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع إن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(۲).

وهـذه الروايه وإن لم يفرض فيهـا وقوع الجنايه اللاحقه بعـد استرقاق الولى السابق إلاّ أنّه لابـدّ من حملها عليه للتقييـد الوارد فى الصـحيحه السابقه بقوله عليه السـلام «فإن جنى بعد ذلك جنايه فإنّ جنايته على الأخير»، أضف إلى ذلك ضعف سندها بالحسن بن أحمد بن سلمه الكوفى فإنّه مجهول.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۷۷.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۷۷.

الثانیه: قیمه العبد مقسومه علی أعضائه

الثانیه: قیمه العبد مقسومه[۱] علی أعضائه کما أنّ دیه الحرّ مقسومه علی أعضائه فکلّ ما فیه منه واحد ففیه کمال قیمته کاللسان والذکر والأنف وما فیه اثنان ففیهما کمال قیمته وفی کلّ واحد نصف قیمته وکذا ما فیه عشر ففی کلّ واحد عشر قیمته. وبالجمله الحرّ أصل للعبد فیما له دیه مقدّره وما لا تقدیر فیه ففیه الحکومه.

الشَرح:

[۱] ذکر أصحابنا أنّ قیمه العبد مقسومه علی أعضائه بنسبه قسمه دیه الحرّ علی أعضائه، ففی کلّ عضو من الحرّ تمام دیّته کالأنف واللسان والذکر، ففی العبد دیّته تمام قیمته وکلّ عضو من الحرّ اثنان وفی کلّ منهما نصف دیته، ففی العبد نصف قیمته وما یکون فی الحرّ عشر دیته کما فی دیه أصابعه یکون فی العبد عشر قیمته.

نعم هذا إذا لم یتجاوز قیمه العبد دیه الحرّ کما تقدّم، وفی معتبره السکونی: «جراحات العبید علی نحو جراحات الأحرار فی الثمن»(۱).

وعلی الجمله، یقال الحرّ أصل للعبد فی الجنایه علی العضو ونحوه التی فیها دیه مقدّره، فیحسب فی الجنایه علی العبد من قیمته بحسب دیه الحرّ، وأمّا الموارد التی لا تکون فی الجنایه علی الحرّ تقدیر ففیها الحکومه، ومعنی الحکومه أنّ العبد فیها أصل لدیّه الحرّ، حیث یفرض الحرّ عبداً خالیاً من ذلک النقص ویقوّم کما یفرض عبداً فیه ذلک النقص فیقوّم ویعیّن نسبه التفاوت بین القیمتین فیؤخذ من دیه الحرّ بتلک النسبه، فتکون دیه الجنایه علی الحرّ مقدار تلک النسبه من دیّته.

وقد ذکر أنّ الموارد التی لا تکون فیها تفاوت فی قیمه العبد بتلک الجنایه فیحکم الحاکم فیها بالمقدار الذی رآه صلاحاً فی الحرّ والعبد من التغریم، ولکن فیها ذکروا فی الحکومه کلام یأتی فی باب الدیّات إن شاء اللّه تعالی.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۸ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۲: ۲۹۸.

فإذا جنی الحرّ علی العبد[۱] بما فيه ديته فمولاه بالخيار بين إمساكه ولا شیء له وبين دفعه وأخذ قيمته، ولو قطع يده ورجله دفعةً ألزمه القيمه، أو أمسكه الشَرح:

[۱] قد تقدّم أنّه لا يقاصّ من الحرّ بالعبد وأنّ ديه العبد قيمته وأنّ قيمته تقسّط علی أجزائه بحسب تقسيط ديه الحرّ علی الأعضاء، وعليه فإن قطع الحرّ من العبد ما يكون ديته تمام قيمته كالذكر واللسان يتخيّر مولی العبد بين أخذ تمام قيمه العبد من الحرّ الجانی ودفع العبد المجنی عليه إلی الحرّ الجانی وبين إمساك العبد ولا شیء له بأن يطالب الجانی به. وقد ذكروا اتفاق الأصحاب أو عدم الخلاف فی ذلک. ويستدلّ عليه بأمرين:

الأوّل: موثّقه أبی مريم عن أبی جعفر عليه السلام قال: «قضی أمير المؤمنين عليه السلام فی أنف العبد أو ذكره أو شیء يحيط بقيمته أنّه يؤدّی إلی مولاه قيمه العبد ويأخذ العبد»(۱)، فإنّ ظاهرها أنّه إذا أعطی قيمه العبد إلی مولاه يؤخذ العبد منه.

والثانی: أنّ قيمه العبد عوضه وإذا أعطی القيمه لمولاه يؤخذ العبد منه لئلا يجتمع المعوضّ والعوض فی ملک.

ولكن فی الاستدلال بالثانی ما لا يخفی، فإنّ القيمه فی الفرض ديه العضو المقطوع لا تعويض عن العبد، والروايه كما عبّرنا موثقه يتعيّن الأخذ بمدلولها وهو أن لمولی العبد إمّا أن يعرض عن استحقاقه قيمه العبد ويمسک بعبده أو يدفعه إلی الجانی ويأخذ قيمته.

وقد ذكر فی كلماتهم للحكم المزبور قيدان:

أحدهم: أن لا يكون الجانی علی العبد غاصباً له وإلاّ يأخذ مولاه بقيمته ويمسک بالعبد وعلّل ذلک بأنّ الغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۸ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۳: ۲۹۸.

ولا شيء له، أمّا لو قطع يده فللسيد إلزامه بنصف قيمته[١] وكذا كلّ جنايه لا تستوعب قيمته.

ولو قطع يده قاطع ورجله آخر، قال بعض الأصحاب: يدفعه إليهما[٢] الشَرح:

والثاني: أن لا يكون جنايه الحرّ على العبد خطأً محضاً وإلّا لا يدفع العبد إلى الجانی، لأنّ الديه يعنی قيمه العبد فی القتل خطأً محضاً ليست على الجانی فلا يلزم من إمساكه محذور. نعم بناءً على تحمّل عاقله الجانی ديه العبد لابدّ من دفعه إلى العاقله.

أقول: ويمكن استفاده الحكم على هذا التقدير من الموثقه أيضاً كما لا يخفى، ومقتضى القاعده أن يمسك مولى العبد المجنی عليه بالعبد ويأخذ قيمته، لأنّ قيمته ديه العضو الذی ذهب بالجنايه، وظاهر موثقه أبی مريم عدم كون الجانی غاصباً حيث ورد فی ذيلها ويأخذ العبد فيؤخذ بمقتضى القاعده فی الخارج عن مورد الروايه وإلّا فالغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال لم يرد بهذا المضمون فی روايه فيما فحصنا من الروايات المعتبره.

وأمّا تحمّل العاقله جنايه الحرّ على العبد إذا كان خطأً محصناً فيأتی الكلام فيه فی باب الديّات إن شاء اللّه تعالى.

[١] لما أشرنا إلى أنّ ذلک مقتضى القاعده الأوّليه حيث إنّ المدفوع إلى مولى العبد المجنی عليه بدل العضو الذاهب من العبد بالجنايه عليه، ولذا يجری ذلک فی كلّ جنايه على العبد لا تستوعب قيمه العبد وليس على المولى إلزام الجانی بأخذ العبد فی الفرض وإلزامه بقيمته سالماً كما أنّه ليس للجانی إلزام مولاه بدفع العبد إليه وأخذ قيمته سالماً.

[٢] القائل الشيخ قدس سره فی المبسوط وكأنّه استفاد ذلک من موثقه أبی مريم(١)

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٨ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث، ٣: ٢٩٨.

الثالثه: كل موضع نقول يفكّه المولى

ويلزمهما الديه أو يمسكه كما لو كانت الجنايتان من واحد والأولى أن له إلزام كلّ واحد منهما بديه جنايته ولا يجب دفعه اليهما.

الثالثه: كل موضع نقول يفكّه المولى فإنّما يفكه بأرش الجنايه[١] زادت عن قيمه المملوك الجانى أو نقصت، وللشيخ قول آخر: أنّه يفديه بأقلّ الأمرين والأول مروى.

الشَرح:

المتقدمه وأن مولى العبد أو الأمه إذا استوفى تمام القيمه لزم عليه تسليم العبد أو الأمه إلى من استوفى منه تمام القيمه كان واحداً أو أزيد فيكون كما إذا كانت الجنايتان من واحد.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الموثقه كون تمام القيمه على الجانى لا على الجنايتين أو أزيد، والحكم الوارد فيها خلاف مقتضى الأصل كما تقدم. فلا يمكن التعدّى عن المفروض فيها وعليه يكون لمولى العبد المجنى عليه إلزام كلّ من الجانيين بنصف القيمه والإمساك بعبده أو أمته بل يمكن أن يلتزم بذلك فيما إذا كان الجانى واحداً ولكن كانت الجنايتان منه على التدريج لا دفعةً حتّى تحسبا جنايه واحده.

[١] كما يدلّ على ذلك ما ورد فى صحيحه أبى ولّاد من قوله عليه السلام : «فإن لم يكن أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّه يقاصّ للعبد منه أو يغرم المولى كلّما جنى المكاتب لأنّه عبده ما لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً»(١).

ولكن قد يقال: إنّ مقتضى كون جنايه العبد على رقبته انّ اللازم على مولاه فى الفداء عن جنايه أقلّ الأمرين من أرش الجنايه أو قيمه عبده الجانى.

وفيه أنّ فداء المولى فكّ رقبه العبد عن جنايه ومقتضى ما ورد فى صحيحه أبى ولّاد انّ الفكّ يكون بأداء أرش جنايه العبد الجانى فلا تنافى بين تعلّق جنايه العبد

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١٠ من أبواب ديات النفس، الحديث ٥: ١٥٨.

الرابعه: لو قتل عبد واحد عبدين

الرابعه: لو قتل عبد واحد عبدين كان كلّ واحد لمالك فإن اختارا القود قيل: يقدم الأول، لأنّ حقّه أسبق ويسقط الثانى بعد قتله[۱]، لفوات محل الاستحقاق.

وقيل يشتركان فيه ما لم يختر مولى الأول استرقاقه قبل الجنايه الثانيه[۲]، فيكون للثانى وهو أشبه، فإن اختار الأول المال وضمن المولى تعلّق حقّ الثانى برقبته وكان له القصاص. فإن قتله بقى المال فى ذمّه مولى الجانى ولو لم يضمن ورضى الأول باسترقاقه، تعلّق به حقّ الثانى، فإن قتله سقط حقّ الأول وإن استرقّ

الشَرح:

على رقبته وأن يكون لمولاه فكّ رقبته من جنايته بإعطاء أرشها.

[۱] لو قتل عبد شخص عبدين يكون كلّ واحد منهما لمالك دون مالك الآخر وأراد كلّ من الموليين القصاص من العبد الجانى.

قيل: يكون القصاص للمولى الذى قتل عبده أوّلاً وإذا استوفى حقّه بالقصاص ينتفى الموضوع لحقّ مولى العبد المقتول ثانياً، حيث إنّ جنايه العبد على رقبته.

ولكن قد تقدّم سابقاً أنّ لكلّ منهما القصاص منه على سبيل الاستقلال فلا يكون قصاص أحدهما بإذن الآخر فأيّهما بادر إلى القصاص منه يسقط عن الآخر حقّه لعدم الموضوع له، كما أنّه لو استرقّه واحد منهما يكون للآخر أيضاً استرقاقه، لأنّ لكلّ منهما حقّ تملك العين فتكون مشتركه بينهما.

نعم لو كانت الجنايه الثانيه منه بعد أن استرقّه مولى المقتول أوّلاً ـ يكون حقّ القصاص والاسترقاق للثانى فإنّ الاسترقاق تملكّ المملوك من مالكه والمفروض فى جنايته الثانيه صيرورته مملوكاً لمولى المجنى عليه أوّلاً ـ فمولى المجنى عليه الثانى يتلّقى الملك بالاسترقاق من مالكه وقت جنايته.

[۲] لّما تقدّم من أنّ ولى المجنى عليه أو مولاه بالاسترقاق يتملّك العبد عن ملك مولاه وقت الجنايه فيكون مشتركاً مع من استرقّه قبله، وبهذا يظهر أنّه يشترك مع الأول

الخامسه: لو قتل عشره أعبد عبداً

اشترك المولیان، ولو قتل عبد عبداً لاثنین فطلب أحدهما القیمه ملک منه بقدر قیمه حصتّه من المقتول[۱] ولم یسقط حقّ الثانی من القود مع ردّ قیمه حصه شریکه.

الخامسه: لو قتل عشره أعبد عبداً فعلی کلّ واحد عُشر قیمته، فإن قتل مولاه العشره، أدّی الی مولی کلّ واحد ما فضل عن جنایته. ولو لم تزد قیمه کلّ واحد عن جنایته، فلا ردّ. وإن طلب الدیه، فمولی کلّ واحد بالخیار، بین فکّه بأرش جنایته، وبین تسلیمه لیسترقّ إن استوعبت جنایته قیمته، وإلا کان لمولی المقتول من کلّ واحد بقدر أرش جنایته، أو یردّ علی مولاه ما فضل عن حقّه، ویکون له. ولو قتل المولی بعضاً جاز، ویردّ کلّ واحد عشر الجنایه، فإن لم ینهض ذلک بقیمه من یقتل أتّم مولی المقتول ما یعوز، أو یقتصر علی قتل من ینهض الرّد بقیمته.

الشَرح:

أیضاً فی جواز القصاص ولکن الاشتراک بمعنی أنّ لکلّ منهما القصاص عن الجانی مستقلاً، فأیّ منهما بدء بالقصاص ارتفع الموضوع لحقّ الثانی، حیث انّ القصاص لیس کالملکیه فی التبعیض. نعم لو استرقّه مولی المجنی علیه ثمّ وقعت الجنایه الثانیه یکون الاسترقاق للثانی.

وإن اختار المولی لأحدهما المال أی قیمه عبده المقتول وضمن المال مولی العبد الجانی یکون اختیار القصاص أو الاسترقاق للثانی لارتفاع تعلّق جنایه العبد الجانی عن رقبته بضمان مولاه.

وما فی عباره الماتن من قوله: «فإن اختار الأول المال وضمن المولی تعلّق حقّ الثانی برقبته» لعلّه من باب المثال، فإنه کما ذکرنا لو اختار الثانی المال وضمنه مولی الجانی بقی حقّ الأول علی الجانی من غیر تزاحم.

[۱] المراد أنّه إذا قتل عبد شخص عبداً مملوکاً لاثنین یکون لکلّ منهما جواز استرقاق العبد الجانی بمقدار حصّته من العبد المقتول، وإذا طلب أحدهما قیمه ما کان

السادسه: إذا قتل العبد حراً عمداً

السادسه: إذا قتل العبد حراً عمداً، فأعتقه مولاه، صحّ ولم يسقط القود. ولو قيل: لا يصحّ، لئلّا يبطل حقّ الوليّ من الاسترقاق، كان حسناً. وكذا البحث في بيعه وهبته. ولو كان خطأً، قيل: يصحّ العتق، ويضمن المولى الديه على روايه عمرو ابن شمر، عن جابر، عن أبي عبداللّه عليه السلام ، وفي عمرو ضعف. وقيل: لا يصحّ إلّا أن يتقدّم ضمان الديه أو دفعها.

فروع في السرايه

الأول: إذا جنى الحرّ على المملوک، فسرت

الأول: إذا جنى الحرّ على المملوک، فسرت إلى نفسه، فللمولى كمال قيمته. ولو تحرّر، وسرت إلى نفسه، كان للمولى أقلّ الأمرين، من قيمه الجنايه و الديه عند السرايه، لأنّ القيمه إن كانت أقلّ فهي المستحقه له، والزياده حصلت بعد الحرّيه، فلا يملكها المولى. وإن نقصت مع السرايه، لم يلزم الجاني تلک النقيصه، لأنّ ديه الطرف تدخل في ديه النفس. مثل أن يقطع واحد يده وهو رق، فعليه نصف قيمته، فلو كانت قيمته ألفاً، لكان على الجاني خمسمائه. فلو تحرّر، وقطع آخر يده، وثالث رجله، ثم سرى الجميع، سقطت ديه الطرف، وتثبت ديه النفس، وهي ألف، فيلزم الأول الثلث، بعد أن كان يلزمه النصف، فيكون للمولى الثلث، وللورثه الثلثان من الديه، وقيل: له أقلّ الأمرين هنا من ثلث القيمه وثلث الديه، والأول أشبه.

الشَرح:

يملكه من العبد المقتول ولم يدفعها مولى العبد الجاني يسترقّ من العبد الجاني بمقدار حصّته من العبد المقتول وإن اختار شريكه في العبد المقتول القصاص يجوز له القصاص ولكن مع ردّ قيمه الحصّه التي استرقّها شريكه من العبد الجاني، ولكن في وجوب الردّ تأمّل لأنّ القصاص كما ذكرنا لا يتبعضّ وثبوت حقّ القصاص مع الردّ في

الثانی: لو قطع حرّ یده أعتق ثمّ سرت

الثانی: لو قطع حرّ یده أعتق ثمّ سرت، فلا قود، لعدم التساوی، وعلیه دیه حرّ مسلم، لأنّها جنایه مضمونه، فکان الاعتبار بها حین الاستقرار، وللسیّد نصف قیمته وقت الجنایه، ولورثه المجنی علیه ما زاد. ولو قطع حرّ آخر رجله بعد العتق، وسری الجرحان، فلا قصاص علی الأول فی الطرف ولا فی النفس، لأنّه لم یجب القصاص فی الجنایه، فلم یجب فی سرایتها، وعلی الثانی القود بعد ردّ نصف دیته، ولم یسقط القود بمشارکه الآخر فی السرایه، کما لا یسقط بمشارکه الأب للاجنبی، ولا بمشارکه المسلم الذمّی فی قتل الذمّی.

الثالث: لو قطع یده وهو رقّ، ثمّ قطع رجله وهو حرّ

الثالث: لو قطع یده وهو رقّ، ثمّ قطع رجله وهو حرّ، کان علی الجانی نصف قیمته وقت الجنایه لمولاه، وعلیه القصاص فی الجنایه حال الحریه. فإن اقتصّ المعتق جاز، وإن طالب بالدیه، کان له نصف الدیه، یختصّ به دون المولی. ولو سرتا فلا قصاص فی الاول، لعدم التساوی، وله القصاص فی الرّجل، لأنّه مکافی ء. وهل یثبت القود؟ قیل: لا ، لأنّ السرایه عن قطعین، أحدهما لا یوجب القود، والأشبه ثبوته مع ردّ ما یستحقّه المولی. ولو اقتصر الولی علی الاقتصاص فی الرّجل، أخذ المولی نصف قیمه المجنی علیه وقت الجنایه، وکان الفاضل للوارث، فیجتمع له الاقتصاص وفاضل دیه الید، إن کانت دیتها زایده عن نصف قیمه العبد[۱].

الشرط الثانی: التساوی فی الدین

الشرط الثانی: التساوی فی الدین، فلا یقتل مسلم بکافر ذمّیاً کان أو مستأمناً الشَرح:

بعض الموارد ثبت بالدلیل ولم یقم فی المقام دلیل.

[۱] إنّما لم نذکر هنا ما یتعلّق بأحکام العبید لأنّا تعرضّنا سابقاً لأحکام الإماء والعبید فی أبواب مختلفه، فلیراجع فی محلّه.

أو حربياً، ولكن يعزّر ويغرّم[۱] ديه الذمى وقيل: ان اعتاد قتل أهل الذمّه جاز الإقتصاص[۲] بعد ردّ فاضل ديته.

الشَرح:

[۱] بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلک جمله من الروايات:

منها: صحيحه محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام قال: «لا يقاد مسلم بذمّی فی القتل ولا فی الجراحات ولكن يؤخذ من المسلم جنايته للذمّی على قدر ديه الذمّی ثمانمائه درهم»(۱).

وفی صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمی عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «قلت له: رجل قتل رجلًا من أهل الذمّه، قال: «لا يقتل به إلّا أن يكون متعوّداً للقتل»(۲).

وفی موثقته قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المسلم هل يقتل بأهل الذمّه قال: لا ، إلّا أن يكون معوّداً لقتلهم فيقتل وهو صاغر»(۳). إلى غير ذلک مما ورد فی قتل المسلم الذمّی.

وأمّا قتله المستأمن والحربی فلا ينبغی التأمّل فی أنّ المسلم لا يقتل بهما، أمّا الحربی فظاهر لعدم حرمه قتله، وأمّا المستأمن فإنّه لا يزيد على الذمّی حيث إنّ الذمّی مستأمن مع زياده على استيمانه كما هو ظاهر.

وأمّا ما ذكره قدس سره من التعزير فهو يجزی فی قتل الذمی والمستأمن دون الحربی، حيث انّ التعزير يجری فی موارد المعصيه والمعصيه مختصّه بقتل الذمّی والمستأمن إلّا أن يكون فی قتل الحربی مفسده أخرى يحرم على المسلم إدخال نفسه أو غيره فی تلک المفسده.

[۲] وينسب جواز قتل المسلم بالذمّی إذا كان المسلم متعوّداً لقتل الذمّی، نظير ما

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۵: ۸۰.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب ديات النفس، الحديث ۷: ۸۰.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب ديات النفس، الحديث ۶: ۸۰.

....

الشَرح:

تقدّم من جواز قتل الحرّ بالعبد إذا كان متعوداً بقتل العبيد. وفى صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام «إذا قتل المسلم يهوديّاً أو نصرانيّاً أو مجوسيّاً فأرادوا أن يقيدوا ردّوا فضل ديه المسلم وأقادوه»(۱).

ولكن نوقش فى هذه الروايه ومثلها بأنّه لم يفرض فيها تعوّد المسلم لقتل الذمّى، كما هو الحال فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قتل المسلم النصرانى فأراد أهل النصرانى أن يقتلوه قتلوه وأدّوا فضل ما بين الديتن»(۲)، فلابدّ من حملهما على التقيه، لأنّ جواز القصاص من المسلم بقتله الذمّى مذهب بعض العامّه، منهم أبو يوسف الذى قال الشاعر فيه ما قال.

وأمّا ما ورد فى صحيحه إسماعيل الهاشمى وموثّقته من قتله إذا كان متعوّداً فهو أجزاء الحدّ عليه لا من القصاص للمسلم للكافر، ومع القتل حدّاً لا مورد لردّ فضل الديه كما عن العلامّه قدس سره .

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الاستثناء فى الصحيحه والموثّقه الاستثناء عن عدم القصاص من المسلم بقتله الكافر، وفى صوره التعوّد يثبت القصاص، وبهذا يحمل اطلاق صحيحه عبداللّه بن مسكان وصحيحه أبى بصير على صوره التعوّد، فيثبت القصاص مع ردّ فاضل الديه كما عليه المشهور.

ومثل صحيحتى عبداللّه بن مسكان وأبى بصير موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل قتل رجلاً من أهل الذمّه فقال: هذا حديث شديد لا يحتمله

ص: ۱۲۷

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲: ۷۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۲۹، الباب ۴۷، ص ۱۰۸، روايه ۳۵۲۷۳.

....

الشَرح:

الناس ولكن يعطى الـذمى ديه المسـلم ثمّ يقتل به المسلم»(۱)، والمراد الفضل بين الـديتين كما فى صـحيحه أبى بصـير الأخرى أيضـاً، قـال: «سـألته عن ذمّى قطع يـد مسـلم قال: تقطع يـده إن شاء أولياؤه ويأخـذون فضل ما بين الـديتين وإن قطع المسـلم يد المعاهـد خيّر أولياء المعاهـد فإن شاؤوا أخـذوا ديه يـده وإن شاؤوا قطعوا يـد المسـلم وأعطوا إليه فضل ما بين الـديتين وإذا قتله المسلم صنع كذلك»(۲).

ثمّ انّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ثمانمائه درهم كما ورد ذلک فى صـحيحه ابن مسـكان المتقدّمه وفى صـحيحه ليث المرادى وعبـدالأعلى بن أعين جميعـاً عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: «ديه اليهودى والنصـرانى ثمانمـائه درهـم»(۳) ونحوهما غيرهما.

ولكن ورد فى بعض الروايات أنّ ديه هؤلاء أربعه آلاف درهم، وهذا فى روايتين أحدهما مرسله الصدوق قدس سره حيث قال فى الفقيه: «وروى أنّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى أربعه آلاف درهم لأنّهم أهل الكتاب»(۴).

ولكـن فى الأـخرى وهى روايه أبى بصـير عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: «ديه اليهـودى والنصـرانى أربعه آلاـف درهم وديه المجوسى ثمانمائه درهم، وقال أيضاً: انّ للمجوس كتاباً يقال له جاماس»(۵).

ص: ۱۲۸

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۷۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۳۸.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۱۰: ۱۶۲.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۱۲: ۱۶۲.

۵- (۵) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴: ۱۶۳.

....

الشَرح:

وورد فی بعض الروایات انّ دیه هؤلاء دیه المسلم وهذا أیضاً فی روایتین أحدهما صحیحه أبان بن تغلب عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «دیه الیهودی والنصرانی والمجوسی دیه المسلم»(۱).

والأخری صحیحه زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «من أعطاه رسول اللّه صلی الله علیه و آله ذمه فدیّته کامله قال زراره: فهؤلاء؟ قال أبو عبداللّه علیه السلام : «هؤلاء من أعطاهم ذمّه»(۲).

وقد جمع الشیخ قدس سره بین الطائفتین الأخیرتین وبین ما دلّ علی أنّ دیتهم ثمانمائه درهم بأنّ ما دلّ علی ثمانمائه درهم ناظر إلی قتل غیر المتعوّد والطائفتین علی قتل المتعوّد وانّ الإمام مخیّر بین تغریم المتعوّد بدیّه کامله أو بأربعه آلاف درهم، وذکر انّ موثقه سماعه تشهد لهذا الجمع. قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن مسلم قتل ذمّیاً، قال: هذا شیء شدید لا یحتمله الناس، فلیعط أهله دیه المسلم حتی یتکل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمی، قال: لو انّ مسلماً غضب علی ذمّی فأراد أن یقتله ویأخذ أرضه ویؤدّی إلی أهله ثمانمائه درهم إذاً یکثر القتل فی الذمّیین ومن قتل ذمّیاً ظلماً فإنّه لیحرم علی المسلم أن یقتل ذمّیاً حراماً ما آمن بالجزیه ولم یجحدها»(۳).

ولکن لا یخفی انّ ما عیّن دیّتهم فی أربعه آلاف درهم ضفیف سنداً بالإرسال ووقوع البطائنی فی سند الثانی.

وأمّا الروایتان الدالتان علی أنّ دیّتهم دیه المسلم، فتحملان علی التقیّه فإنّها مذهب جماعه من العامّه ولا دلاله فی موثقه سماعه علی أنّ مقدار دیه المسلم محموله

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲: ۱۶۳.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳: ۱۶۳.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳: ۱۶۳.

ويقتل الـذمى بالـذمّى وبالـذمّيه بعد ردّ فاضل الديه[۱] والـذمّيه بالـذمّيه وبالـذمّى من غير رجوع عليهـا بالفضل، ولو قتل الـذمّى مسلماً عمداً دفع هو وماله إلى أولياء المقتول وهم مخيّرون بين قتله واسترقاقه[۲].

الشَرح:

على صوره التعوّد، بـل ظاهرهـا أيضـاً إنكـار كون الـديه ثمانمـائه درهم، بل على القاتل إعطاء ديه المسلم لئلا يكثر قتل الـذمى وأهل السواد.

[۱] إذا قتـل الـذمى ذمّيـاً سواء كـان كلاهمـا على دين واحـد أم كانـا مختلفين يقتـل أحـدهما قصاصاً لقتله الآخر عمـداً كما هو مقتضى قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(۱)، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: يقتصّ اليهودى والنصرانى والمجوسى بعضهم من بعض ويقتل بعضهم بعضاً إذا قتلوا عمداً(۲).

وإذا قتـل الـذمّى الـذمّيه يجوز لأوليـاء الـذمّيه القصـاص من الـذمّى القاتـل إذا أدّوا إليه فضل ديّته وإلاّ قبلوا ديه الـذمّيه التى هى نصف ديه الذمّى. ويشـهد لذلك الاطلاق فى مثل صـحيحه ابن مسـكان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قتلت المرأه رجلاً قتلت به، وإذا قتـل الرجـل المرأه فـأرادوا القود أدّوا فضـل ديه الرجـل على ديه المرأه وأقـادوه بهـا وإن لم يفعلوا قبلوا الـديه ديه المرأه كامله»(۳)، فإنّها تعمّ ما إذا قتل الذمّى الذمّيه ونحوها غيرها.

ومما ذكر يظهر أنّه لو قتل الذمّى الكافر المحقون الدم عمداً كالمستأمن والمعاهد يقتل به كما هو مقتضى إطلاق الآيه والمعتبره.

[۲] بلا خلاف ظاهر أو منقول، ويشهد لذلك صحيحه ضريس الكناسى عن

۱- (۱) سوره المائده: الآيه ۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۸، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۳، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲: ۵۹.

وفی استرقاق ولده الصغار تردّد، أشبهه بقاؤهم علی الحریّه[۱] ولو أسلم قبل الاسترقاق لم یکن لهم إلّا قتله[۲] کما لو قتل وهو مسلم، ولو قتل الکافر کافراً الشَرح:

أبی جعفر علیه السلام «فی نصرانی قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: أقتله به قیل: وإن لم یسلم قال: یدفع إلی أولیاء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا عفوا وإن شاؤوا استرقّوا قیل: وإن کان معه عین (مال)؟ قال: دفع إلی أولیاء المقتول هو وماله»(۱).

وفی صحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی نصرانی قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، قیل: وإن لم یسلم قال: یدفع إلی اولیاء ألیاء المقتول هو وماله»(۲).

وقد یقال إنّ قتله واسترقاقه وأخذ أمواله لخروجه عن أهل الذمّه ودخوله فی الحربی، ولکن لا یخفی أنّه لو کان الأمر کذلک لکان استرقاقه وأخذ ماله جایزاً لکلّ أحد لا لخصوص أولیاء المقتول کما هو ظاهر الصحیحتین، کما لا یخفی.

[۱] والوجه فی ذلک أنّ ما دلّ علی دفع الذمی وماله إلی أولیاء المسلم المقتول لم یذکر فیها استرقاق ولده الصغار، ومقتضی عقد الذمّه مع الذمّی القاتل کونهم احراراً وما عن المفید وسلار وابن حمزه من استرقاق اطفاله الصغار أیضاً للتبعیّه بعد خروجه عن أهل الذمّه ودخوله فی أهل الحرب ومن احکام أهل الحرب استرقاق اطفالهم.

لا یخفی ما فیه، فإنّ مجرّد القتل لا یوجب خروجه عن أهل الذمّه، ولذا لا یجوز أن یسترقّ الذمّی القاتل غیر أولیاء المسلم المقتول وجواز استرقاقه لأولیائه حکم شرعی کما ذکرنا. وعلی الجمله المخرج عن الذمّه عصیانه بامتناعه عن إعطاء الجزیه وجحودها کما ورد ذلک فی موثقه سماعه المتقدمه.

[۲] کما یدلّ علی ذلک صحیحه ضریس الکناسی المتقدّمه عن أبی جعفر علیه السلام

۱- (۱) الوسائل: ج ۴۹، الباب ۴۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۸۱.

۲- (۲) التهذیب: ج ۱۰، الرقم ۵۰ / ص ۱۹۰.

وأسلم القاتل لم يقتل به[۱] والزم الديه إن كان المقتول ذا ديه.

ويقتل ولد الرشدّه بولد الزانيه[۲] لتساويهما فی الإسلام.

الشَرح:

حيث ورد فيها فی نصرانی قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، ونحوها صحيحه الأولی: لو قطع مسلم يد ذمّی عمداً فأسلم وسرت إلی نفسه فلا قصاص عبداللّه بن سنان.

[۱] لأطلاق قوله عليه السلام فی صحيحه محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام «لا يقاد مسلم بذمّی فی القتل ولا فی الجراحات، ولكن يؤخذ من المسلم جنايته للذمّی علی قدر ديه الذمّی ثمانمائه درهم»(۱)، وظاهرها كما سيأتی أنّه لا يقاد المسلم عند القود بذمّی.

[۲] والوجه فی ذلک أنّ الولد تابع للأبوين أو أشرفهما فی الإسلام سواء كان الولد بالوطی الحلال أو بالزنا، ولذا يترتب علی ولد الزنا جميع أحكام الولد، غايه الأمر لا توارث فی الزنا، وعليه لو قتل ولد الرشيده وهو بالغ رشيد ولد الزنا يكون علی القاتل القود كما فی قتله ولد الحلال.

والقول بكفر ولد الزنا كما هو المنسوب إلی بعض الأصحاب ضعيف كما أنّ الاعتبار فی الحكم بإسلامه بتوصيفه الإسلام بعد بلوغه أو حال تمييزه أيضاً بلا موجب وما ورد فی إنّ ديّته ثمانمائه درهم الظاهر فی إلحاقه بالكافر الذمّی لضعف سنده لا يمكن الاعتماد عليه مع إنّ إلحاقه فی الخطأ بالكافر لا يلائم إلحاقه به فی قتله عمداً.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۵: ۸۰.

الأولى: لو قطع مسلم يد ذمّی عمداً

مسائل من لواحق هذا الباب

الاولی: لو قطع مسلم ید ذمی عمداً، فاسلم وسرت الی نفسه فلا قصاص ولاقود[١]، وکذا لو قطع ید عبد ثمّ اعتق وسرت، لأنّ التکافوء لیس بحاصل وقت الجنایه وکذا الصبی لو قطع ید بالغ ثمّ بلغ وسرت جنایته لم یقطع، لأنّ الجنایه لم تکن موجبه للقصاص حال حصولها، تثبت دیه النفس، لأنّ الجنایه وقعت مضمونه وکان الاعتبار بأرشها حین الاستقرار.

الشَرح:

[١] لا یخفی أنّ فی اشتراط التساوی فی الدین وأنّ المسلم لا یقتل بذمّی لعبره بحال الاقتصاص، ولذا تقدّم أنّ الذمّی إذا قتل الذمّی ثمّ أسلم القاتل لا یجوز قتله قصاصاً، بل یکون علیه دیه الذمّی فإنّ ظاهر قولهم علیه السلام «لا یقتل المسلم بذمّی» هو اعتبار زمان الاقتصاص إلّا أنّ مع ذلک إذا قطع مسلم ید ذمی عمداً وأسلم الذمّی وسرت جنایته إلی نفسه لا یقتل المسلم قوداً علی النفس کما لا یقطع یده قصاصاً عن الطرف بل یکون علیه دیه نفس المسلم، وذلک لم تقدّم من أنّ القصاص إنّما یترتّب إذا تعمّد قطع ید المسلم أو قتل نفسه وفی الفرض لم یقصد القاطع لا قطع ید المسلم ولا قتل نفسه فیکون علیه دیه النفس.

ومن هنا یظهر الحال إذا قطع الصبی ید بالغ ثمّ بلغ وسرت جنایته إلی النفس حیث یکون دیه النفس علی عاقلته فإنّ عمد الصبی یحسب من الخطأ المحض.

ومما ذکرنا یظهر انّ ما علّل الماتن قدس سره عدم القصاص بأنّ التکافؤ لیس بحاصل وقت الجنایه غیر صحیح، بل الصحیح ما ذکرنا من أنّ القصد للجنایه الموجبه للقصاص لم یحصل وقت الجنایه وإلّا فالتکافؤ معتبر وقت الاقتصاص.

ویدلّ علی أنّ عمد الصبی یحسب خطأً محضاً صحیحه محمد بن مسلم، قال: «عمد الصبی وخطأه واحد»(١)، وموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبیه أنّ علیّاً علیه السلام

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحدیث ٢: ٣٠٧.

الثانیه: لو قطع ید حربی أو ید مرتد

الثانیه: لو قطع یـد حربی أو یـد مرتد فأسـلم ثمّ سـرت فلا قود ولا دیه، لأنّ الجنایه لم تکن مضـمونه[۱] فلم تضـمن سرایتها، ولو رمی ذمّیاً بسهم فأسلم ثمّ أصابه فمات

الشَرح:

کان یقول: «عمد الصبیان خطأ یحمل علی العاقله»(۱).

ومما ذکرنا ظهر أیضاً ما إذا قطع المسـلم ید العبد ثمّ اعتق وسـرت الجنایه إلی نفسه حیث یکون علی القاطع الحرّ الدیه حیث لم یقصد قطع ید الحرّ کما لا یخفی.

[۱] ذکر قدس سره أنّه لو قطع المسـلم ید حربی عمداً أو ید مرتدّ ملّی عمداً فأسلم الحربی أو المرتد ثمّ مات بالسرایه فلا یکون فی البین قصاص لا من ید المسـلم ولا من نفسه بل لا دیه علی المسلم القاطع لأنّ جنایته علی الحربی أو المرتد لم تکن مضمونه حال حـدوثها لا بالقود ولا بالدیه، فلا یضـمن أیضاً سـرایته، نظیر ما إذا قطع ید السارق حدّاً أو ید شـخص قصاصاً فسـرت فمات السارق أو المقتص منه.

أقول: أمّا عـدم القصاص من قطع یـد الحربی أو المرتـد وکـذا عـدم القصاص من سـرایه القطع ولو بعد إسـلامهما ظاهر، فإنّه لم یقصد عند القطع قطع ید المسلم ولا قتله وإنّما قصد ید الحربی أو المرتد.

وأمّا عدم ثبوت دیه النفس فلا یمکن المساعده علیه، فإنّه بقطع ید أحدهما وسرایه الجراحه کما هو الفرض یستند قتله إلی قاطع الید، فقاطعها قد قتل مسـلماً من غیر تعمّد إلی قتله فیکون علیه دیّته وعدم الضـمان فی سـرایه الجراحه الحاصـله بالحدّ أو السرایه فی الفرض غیر منفی فیها الضمان فیدخل فیما دلّ علی أنّ من قتل نفساً فعلیه دیّتها.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب العاقله، الحدیث ۳: ۳۰۷.

الثالثه: إذا قطع المسلم يد مثله فسرت مرتداً

فلا قود وفيه الديه[١]. وكذا لو رمى عبداً فأعتق وأصابه فمات أو رمى حربياً أو مرتداً فأصابه بعد إسلامه فلا قود وتثبت الديه، لأنّ الاصابه صادفت مسلماً محقون الدم.

الثالثه: إذا قطع المسلم يد مثله فسرت مرتداً سقط القصاص فى النفس[٢ [ولا

الشَرح:

[١] ذكر قدس سره أنّه لو رمى بسهم ذمّياً ولكن الذمّى أسلم قبل إصابه السهم إيّاه فأصابه مسلماً ومات فلا قود، ولكن تثبت ديه النفس، وكذلك إذا رمى بسهم عبداً فاعتق قبل إصابته ثمّ أصابه حرّاً فلا يكون فى البين قود، ولكن تثبت أيضاً ديه النفس.

أقول: أمّا عدم القود فقد ظهر الوجه فيه مما تقدّم، لأنّ الرامى لم يقصد قتل المسلم أو قتل الحرّ، وأمّا ثبوت الديه فإنّ الرامى هو القاتل فى الفرض، فيكون عليه ديه المسلم حيث إنّه قتل المسلم من غير تعمد إلى قتله.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو رمى كافراً أو مرتداً فأصابه السهم القاتل بعد إسلامهما لا تثبت القود حيث إنّه لم يقصد برميه قتل المسلم ولكن تثبت الديه المسلم حيث إنّه قتل المسلم من غير تعمد إلى قتل المسلم فتثبت الديه.

ونظير ذلك ماإذا حفر بئراً فى طريق حربى أو مرتد ليقع فيه فيموت وأسلم قبل وقوعه فيه فإنّه يثبت الديه لا القود وربما يخطر بالبال عدم الفرق بين الرمى حال كفره أو ارتداده وإصابه السهم بعد إسلامه. وبيّن ماتقدّم فى كلام الماتن من أنّه لو قطع يد الحربى أو المرتد ثمّ أسلمنا قبل السرايه، ولكن بينهما فرق وإن لم يكن فارقاً على ما ذكرنا وهو الرمى مع إصابته يحسب جنايه، وعدم ضمان الجنايه فى السابق أوجب عدم ضمان سرايته بخلاف المقام فإنّ الجنايه فى الفرض مضمونه عند وقوعها أى أصابه السهم.

[٢] ذكر قدس سره أنّه لو قطع مسلم يد مسلم آخر عمداً فسرت جنايه اليد حال ارتداد

يسقط القصاص فى اليد، لأنّ الجنايه به حصلت موجبه للقصاص فلم تسقط باعتراض الارتداد ويستوفى القصاص فيها وليّه المسلم فإن لم يكن استوفاه الإمام.

الشَرح:

المقطوع فمات مرتداً ففى هذا الفرض لم يتعلّق على القاطع لا قصاص النفس ولا ديتها، لأنّه لا يقتل المسلم بالكافر ولا ديه للمرتد كالكافر الحربى، ولكن التزم قدس سره انّ قصاص الطرف يتعلّق على الجانى المسلم حيث إنّه قطع يد المسلم عمداً.

وحكى عن المبسوط أنّه لا يتعلّق بالمسلم القاطع قصاص الطرف ولا ديه الطرف أيضاً، لأنّ قصاص الطرف وديته مع السرايه يدخل فى قصاص النفس وديّتها.

وبتعبير آخر مع سرايه الجنايه ليس فى البين إلّا قصاص النفس وديتها، والمفروض أنّه لا يقتل المسلم بالمرتد وأنّه لا ديه للمرتد وناقش الماتن قدس سره فى هذا الاستدلال بأنّ سقوط قصاص الطرف مع الجنايه عمداً وديته مع الجنايه خطأً فى صوره إمكان فى صوره إمكان استيفاء الجنايه على النفس بالقصاص عن الجانى أو ديه النفس ومع عدم إمكان استيفائها كما هو المفروض فى المقام لمانع طريان الارتداد على المجنى عليه لا موجب لسقوط قصاص الطرف الثابت قبل ارتداده.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ دخول قصاص الطرف وديته فى قصاص النفس وديتها لاتّصاف الجنايه بكونها قتلاً عمداً أو خطأ ولا يختلف هذا الاتصاف بين صوره إمكان قصاص النفس أو أخذ ديتها وعدم إمكانهما.

بل لو اغمض عن ذلک فأيضاً لا مورد فى المفروض لقصاص الطرف فإنّ المستفاد من صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام أنّه لا قود على المسلم من جنايته على غيره لا فى القتل ولا فى الجراحات، حيث قال: عليه السلام «لا يقاد مسلم بذمّى فى

وقال فی المبسوط: الذی یقتضیه مذهبنا أنّه لا قود ولا دیه، لأنّ قصاص الطرف ودیته یتداخلان فی قصاص النفس ودیتها، والنفس ههنا لیست مضمونه وهو یشکل بما أنّه لا یلزم من دخول الطرف فی قصاص النفس سقوط مایثبت من قصاص الطرف لمانع یمنع من القصاص فی النفس، أمّا لو عاد إلی الإسلام فإن کان قبل أن یحصل سرایته ثبت القصاص فی النفس[۱ [وإن حصلت سرایه وهو مرتدّ ثمّ عاد وتّمت السرایه حتی صارت نفساً ففی القصاص تردّد أشبهه ثبوت القصاص، لأنّ الاعتبار فی الجنایه المضمونه بحال الاستقرار وقیل لا قصاص، لأنّ وجوبه مستند إلی الجنایه وکلّ السرایه، وهذه بعضها هدر، لأنّه حصل فی حال الردّه ولو کانت الجنایه خطأً تثبت الدیه لأنّ الجنایه صادفت محقون الدم وکانت مضمونه فی الأصل.

الشَرح:

القتل ولا فی الجراحات»(۱)، وظاهرها کما تقدّم سابقاً أنّ المجنی علیه إذا کان عند القصاص له کافراً لا یقاد المسلم به.

والمفروض أنّ المجنی علیه ظرف قصاص ولیّه المسلم مرتد.

أضاف إلی ذلک أنّ قصاص الطرف یثبت للمجنی علیه والمجنی علیه الکافر لیس له حقّ قصاص الطرف عن المسلم لینتقل هذا الحقّ إلی وارثه المسلم مع موته مرتداً.

[۱] لا فرق بین عوده إلی الإسلام قبل السرایه أو أثناء السرایه فی أنّه فی کلّ منهما إذا کانت الجنایه علی الآخر بقصد قتله أو کانت مسریه إلی النفس فی العاده تعلّق القصاص بالجانی، لأنّه عند تحقّق القتل کان المجنی علیه مسلماً فیکون القود تعلّقه بالمسلم فی مقابل نفس المسلم، فإنّ ظاهر الصحیحه کما تقدّم أنّ المسلم لا یقاد

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۵: ۸۰.

الرابعه: إذا قتل مرتد ذمّياً

الرابعه: إذا قتل مرتد ذمّياً ففى قتله تردّد[١] منشأه تحرّم المرتدّ بالإسلام ويقوى أنّه يقتل للتساوى فى الكفر كما يقتل النصرانى باليهودى، لأنّ الكفر كالملّه الواحده، أمّا لو رجع إلى الإسلام فلا قود وعليه ديه الذمى.

الشَرح:

بالكافر، وهذا غير صادق فى الفرض فيؤخذ بالاطلاق فى قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(١).

نعم إذا لم يكن قصده القتل ولم تكن الجراحه مسريه إلّا اتفاقاً يتعلّق بالجانى الديه على ما تقدّم، وتقدّم أيضاً أنّ ضمان الجنايه يكون باستقرارها والعبره فى القصاص والديه بزمان الاستقرار.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو كان عند قطع يده مرتداً ثمّ عاد إلى الإسلام عند السرايه يثبت على القاطع ديه النفس بلا فرق بين كون جراحته مسريه عادهً أم لا ، وسواء قصد القتل به أم لا لما تقدّم من أنّه عند الجنايه لم يقصد قتل المسلم بل غايه قصده قتل الكافر.

[١] لا يخفى أنّه وإن قيل بعدم القود على المرتد وتثبت عليه ديه الذمّى كقتل المسلم الذمى، لأنّ للمرتد تحرّماً بالإسلام، ولكن لا يخفى ضعفه وانّ الأظهر تعلّق القود عليه، وذلك فإنّ الثابت هو انّ عند القصاص إذا كان المسلم هو الجانى والكافر هو المجنى عليه فلا يقتل المسلم، كما هو ظاهر صحيحه محمد بن قيس المتقدّمه، وفى غيره يؤخذ بإطلاق قول اللّه سبحانه «النفس بالنفس»(٢).

وعلى ذلك فإن عاد المرتد إلى الإسلام بعد قتله الذمّى فلا يقتل به، بل يكون عليه ديه الذمّى، يعنى ثمانمائه درهم ولا يفرق فى ذلك بين كون ارتداده عن ملّه أو فطره لما

١- (١) سوره المائده: الآيه ۴۵.

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ۴۵.

الخامسه: لو جرح مسلم نصرانياً

الخامسه: لو جرح مسلم نصرانياً ثمّ ارتدّ الجارح وسرت الجراحه فلا قود، لعدم التساوى حال الجنايه[۱]، وعليه ديه النصرانى.

السادسه: لو قتل ذمّى مرتداً قتل به، لأنّه محقون الدم بالنسبه إلى الذمّى، أمّا لو قتله مسلم فلا قود قطعاً[۲] وفى الديه تردّد، والأقرب أنّه لا ديه، ولو وجب على

الشَرح:

تقدّم من أنّ عدم قبول توبه الفطرى بالإضافه إلى حدّ الارتداد لا بالإضافه إلى ساير أحكام الإسلام، والمرتد الفطرى بعد إسلامه أيضاً وإن كان غير محقون الدم إلاّ أنّه بالإضافه إلى المسلمين لا الكفار.

[۱] قد تقدّم انّ التساوى المعتبر فى القصاص هو حال القصاص، وفى المثال قتل المرتد يكون بإزاء نفس الكافر كما هو مقتضى «النفس بالنفس».

نعم، لا يثبت على المسلم بعد ارتداده إلاّ ديه النصرانى ولا يتعلّق به القود إذا لم يقصد عند جنايته قتله ولم تكن الآله قاتله بأن اتفق السرايه.

[۲] لما يظهر مما تقدّم من أنّ المسلم لا يقتل بالكافر والمرتدّ حين القتل محكوم بالكفر بل هو يعنى المرتدّ إذا كان ارتداده فطرياً يكون غير محقون الدم بالاضافه إلى المسلم قطعاً، لجواز قتله لكلّ من سمع منه الارتداد. وما فى كلمات جماعه من أنّ المرتد غير محقون الدم بالإضافه إلى الإمام إنّما يتمّ فى المرتد الملّى مع عدم توبته بعد الاستتابه، هذا بالإضافه إلى القصاص.

وأمّا عدم الديه، فقد يستدلّ بذلك بأنّ الديه تثبت فى قتل اليهودى والنصرانى والمجوسى، وفى قتل غيرهم لم يثبت قصاص ولا موجب للديه.

وأمّا إذا قتل المسلم من وجب قتله حدّاً بالزنا أو اللواط فقد يقال إنّه لا قود على المسلم ولا ديه، كما اختاره فى المتن.

ويستدلّ على ذلك بروايه سعيد بن المسيب «انّ معاويه كتب إلى أبى موسى

مسلم قصاص فقتله غير الولی کان علیه القود، ولو وجب قتله بزنا أو لواط فقتله غیر الإمام لم یکن علیه قود ولا دیه، لأنّ علیّاً علیه السلام قال لرجل قتل رجلًا وادّعی أنّه وجده مع امرأته: «علیک القود إلّا أن تأتی ببیّنه».

الشَرح:

الأشعری انّ ابن أبی الجسرین وجد رجلًا مع امرأته فقتله، فاسأل لی علیّا علیه السلام عن هذا، قال أبو موسی: فلقیت علیّا علیه السلام فسألته . . . إلی أن قال: فقال: «أنا أبو الحسن إن جاء بأربعه یشهدون علی ما شهد وإلّا دفع برمّته»(۱)، فإنّها ظاهره فی أنّه إذا أثبت موجب الحدّ الذی قتل لا شیء علی القاتل.

نعم، إنّها وارده فی الزنا بزوجته فغایتها التعدّی إلی مرتکب الفجور بأهله کابنته وأمّه مع أنّ السند ضعیف ولا یمکن الاعتماد علیها، ولذا قد یقال بثبوت القود علی القاتل فإنّ المرتکب محقون الدم بالإضافه إلی غیر الإمام، نظیر ما قتل غیر الولی من یکون علیه القصاص.

نعم، إذا کان القتل مع انطباق عنوان الدفاع علیه فهو خارج عن مفروض الکلام، کما تقدّم ذلک فی بحث الدفاع.

ویمکن استظهار ذلک من صحیحه داود بن فرقد(۲) التی أوردها فی الوسائل بعد حدیث سعید بن المسیب. وعلی الجمله من التزم بعدم القود فی قتل شخص یکون علیه حدّ القتل بالزنا واللواط ونحوهما فعلیه إثبات الانصراف فیما دلّ علی القصاص علی القاتل عن المورد نظیر قوله سبحان: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولّیه سلطاناً»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۱۰۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳: ۱۰۲.

۳- (۳) سوره الاسراء: الآیه ۳۳.

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أباً

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أباً[١] فلو قتل ولـده لم يقتل به وعليه الكفاره والديه والتعزير، وكذا لو قتله أب الأب وإن علا، ويقتل الولد بأبيه.

الشَرح:

[١] لا يقتل الأب بولـده بلا خلاف معروف أو منقول، ويـدلّ عليه عدّه من الروايات كموثقه إسـحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ علياً عليه السلام كان يقول: لا يقتل والد بولده إذا قتله ويقتل الولد بالوالد إذا قتله، ولا يحدّ الوالد للولد إذا قذفه ويحّد الولد للوالد إذا قذفه»(١).

وحسـنه حمران عن أحدهما عليه السـلام قال: «لا يقاد والد بولده ويقتل الولد إذا قتل والده عمداً»(٢). وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقتل ابنه أيقتل به؟ قال: لا»(٣). إلى غير ذلك.

وعنوان الوالد بل الأب الوارد فيها يعمّ الأب وأب الأب.

بل يجرى عدم القصاص على الأب فى جنايته على ابنه فى الأطراف أيضاً، وفى صحيحه ظريف بن ناصح عن أمير المؤمنين عليه السـلام : وقضـى أنّه لاـ قود لرجل أصابه والـده فى أمر يعيب عليه فيه فأصابه عيب من قطع أو غيره ويكون له الـديه ولا يقاد(۴). وظـاهر هـذه الـصحيحه مضافاً إلى عـدم ذهاب دم امرى ء هـدراً انتقال الأمر إلى الـديه، وأمّا ثبوت الكفّاره فلإطلاق ثبوتها على القاتل عمداً.

كـذا لا ينبغى التأمّل فى ثبوت التعزير، فإنّ الموجب له ارتكاب الحرام الـذى يعدّ معصـيهً كبيره، ويدلّ عليه أيضاً روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يقتل ابنه أو

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٢ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٨: ۵٨.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٢ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١: ۵۶.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٢ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢: ۵۶.

۴- (۴) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٢ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١٠: ۵٨.

وكذا الأم تقتل به[۱]، ويقتل بها وكذا الأقارب كالأجداد والجدات من قبلها والاخوه من الطرفين والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

الشَرح:

عبده قال: لا يقتل به ولكن يضرب ضرباً شديداً وينفى عن مسقط رأسه)(۱)، ولكنّها لضعف سندها تصلح للتأييد.

[۱] كما عليه المشهور بل لم يحك الخلاف إلّا عن الاسكافى فإنّه وافق العامّه فى عدم قتل الأم بولدها إلحاقاً لها بالأب، ولكنّه ضعيف، لأنّ القصاص منها مقتضى عموم قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(۲)، وقد خرج عنه فى الأب قتل ولده لما تقدم من التسالم والروايات، وأمّا الأم فيؤخذ فيها بمقتضى العموم كما يؤخذ بمقتضاه ما إذا قتل الولد أمّه.

أضف إلى ذلك فيما قتل الولد أمّه صحيحه أبى عبيده، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل أمّه قال: يقتل بها صاغراً ولا أظنّ قتله بها كفاره له ولا يرثها»(۳).

ومما ذكرنا يظهر الحال فى قتل الأخ أخاه أو أخته أو قتل الاخت أخاها سواء أكان الأخ أو الاخت من الطرفين أو من طرف الأب الخاصه أو من الأم كما يظهر الحال فى قتل بعض الاقرباء البعض الآخر، فإنّ كلّ ذلك داخل فى العموم المشار إليه.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۹: ۵۸.

۲- (۲) سوره المائده: الآيه ۴۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۹: ۵۸.

فروع

الأول: لو ادّعی اثنان ولداً مجهولاً

الأول: لو ادّعی اثنان ولداً مجهولاً فإن قتله أحدهما قبل القرعه[۱ [فلا قود لتحقق الاحتمال فی طرف القاتل، ولو قتلاه فالاحتمال بالنسبه إلی کلّ واحد منهما باقٍ وربما حظر الاستناد إلی القرعه وهو تهجّم علی الدم والأقرب الأول.

الشَرح:

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه إذا ادّعی شخص أنّه أب لولد مجهول أبوه یقبل قوله ویلحق به مع احتمال الصدق، وأمّا إذا ادّعی کلّ من الاثنین الابوّه له یقرع بینهما فأیّ منهما أخرجته القرعه یلحق الولد به، وعلی ذلک فإن قتله الشخص المدّعی الأبوه له فی الفرض الأول ینتفی عنه القود کما هو مقتضی لحوق الولد به.

وأمّا إذا قتله المدّعیین، فإن کان قتله قبل الاقراع بین المدّعیین لا یقتل القاتل، لاحتمال کونه أب المقتول فینتقل الأمر إلی أخذ الدیه منه، ولو اشترکا فی قتله قبل الاقراع فکذلک ینتفی القصاص عن کلّ منهما، لاحتمال الابوه بالإضافه إلی خصوص کلّ منهما فیشترکان فی أخذ الدیه منهما.

ولکن ذکر قدس سره ربما یحتمل الاقراع بعد القتل، فإن أخرج القرعه الأب فإن کان هو القاتل لا یقتص منه وإن کان غیره فیقتصّ منه سواء استقلّ أحدهما فی قتله أو اشترکا فیه، غایه الأمر فی فرض الاشتراک یؤخذ ممّن حکم بأبوتّه نصف الدیه ویعطی لمن یقتصّ منه نظیر ما وقع القتل بعد إخراج الأب بالقرعه، والماتن قدس سره وإن دفع هذا الاحتمال بأنّه تهجّم علی الدماء وانّ الأقرب سقوط القصاص عن القاتل فی صوره وقوعه عن أحدهما وعنهما فی صوره اشتراکهما فی القتل إلّا أنّه قد یختار الرجوع إلی القرعه أخذاً بما دلّ علی أنّها لکلّ أمر مشکل وعدم طلّ دم امرء مسلم ولأنّ الابوه مانعه عن القصاص فلا یعتنی باحتمال المانع مع إحراز المقتضی ولیس انتفاء الابوه شرطاً فی القصاص لئلا یحرز المقتضی مع احتمال الابوه.

ولو ادّعیاه ثمّ رجع أحدهما وقتلاه توجّه القصاص علی الراجع[۱] بعد ردّ ما یفضل عن جنایته وکان علی الأب نصف الدیه وعلی کلّ واحد کفاره القتل بانفراده.

الشَرح:

أقول: لو بنی علی سماع دعوی شخص أنّ فلاناً ولده من غیر إحراز وطئه امّه فلا دلیل علی السماع مع معارضه دعواه بدعوی غیره لیحکم عند المعارضه بالاقراع کما یظهرالوجه من ملاحظه ما ورد فی الحمل.

وعلیه، فلا مورد للاقراع لیقال بالفرق بین القتل قبل الاقراع أو بعده، بل لو قتله أحد المدعیین یقتصّ منه ولو اشترک المدّعیان فی قتله یقتصّ منهما، لأنّ عموم ما دلّ علی أنّ النفس بالنفس یقتضی القصاص من القاتل عمداً والخارج عن ذلک ما إذا کان القاتل أب المقتول، ومقتضی الاستصحاب فی ناحیه عدم الابوه جاریه بالإضافه إلی کلّ من المدعیین فیتمّ الموضوع للقصاص من غیر فرق بین کون الابوه مانعه عن القصاص أو کون عدمها شرطاً. مع أنّ الفرق بین کون الابوه مانعه أو عدمها شرطهاً لا یرجع إلی محصّل فی الأحکام بالإضافه إلی موضوعاتها.

ومما ذکرنا یظهر أنّه إذا لم یثبت سماع مجرّد دعوی الابوه ولو مع عدم المعارضه ثبت علی المدّعی القاتل القصاص أخذاً بالعموم المزبور بضمّ الاستصحاب فی ناحیه عدم الابوه.

ودعوی أنّ الاعتماد علی أنّ الاستصحاب من إراقه الدم بالشبهه کماتری، فإنّ مع إحراز الموضوع ولو بالأصل لا مورد للشبهه، حتّی بناءً علی درء الحدود فی مثل ذلک فإنّ القصاص غیر الحدّ.

[۱] ما ذکره قدس سره مبنی علی نفوذ رجوعه وأن نفوذه لیس من جهه نفوذ الاقرار علی النفس وإلاّ فلا یسمع الرجوع بالإضافه إلی انتفاء القصاص، لأنّه من قبیل الاقرار

الثانی: ولو ولد مولود علی فراش مدعیین له

ولو ولـد مولود علی فراش مـدعیین له کالأـمه أو الموطوءه بالشـبهه فی الطهر الواحـد فقتلاـه قبـل القرعه لم یقتلاـ به[۱]، لتحقّق الاحتمال بالنسبه إلی کلّ واحـد منهما، ولو رجع أحـدهما ثمّ قتلاه لم یقتل الراجع، والفرق انّ البنوّه هنا تثبت بالفراش لا بمجرد الدعوی، وفی الفرق تردّد.

الشَرح:

للنفس، بـل من جهه انّ الـدعوی بالاـبوه غیر مسـموعه إذا تعقّبهـا الانکـار، وعلیه فیثبت القصاص علی الراجع ویکون علی الآخر المشترک فی قتله نصف الـدیه، لانتفـاء القصـاص عنه، ویجب علی کـلّ واحـد من الراجع وغیره کفـاره القتـل لانفراده، کما هو الحال فی سایر موارد القتل عمداً بالاشتراک لصدق علی فعل کلّ منهما.

هـذا کلّه فی ولـد التـداعی عنـد الماتن وغیره بأن لا یکون مثبت للابوه والولـدیه غیر الـدعوی من شخصـین، وبناءً علی ما ذکرنا یقتصّ من کلّ من المـدعی والراجع عن دعواه، أمّا من المدعی فلما تقدّم، وأمّا من الراجع لنفوذ إقراره علیه وکون رجوعه إقراراً علی نفسه بتعلّق القصاص به، فلا حاجه فی القصاص عنه إلی ضمّ الاستصحاب فی عدم کونه أباً للمقتول.

ومما ذکرنا یظهر ثبوت الکفاره یعنی کفاره قتل العمـد علی کلّ منهما، لصـدق أنّه قتل عمـداً، وکذا بناءً علی ما ذکروه من نفی القصاص للشبهه، فإنّ المنتفی بالشبهه القصاص لا الکفّاره.

وعلی الجمله فـإن أراد وارث المقتول قتـل کـلّ من المـدعیین قصاصـاً فعلیه ردّ نصف الـدیه علی کـلّ منهمـا علی مـا تقـدّم من القصاص من المشترکین فی القتل.

نعم إذا علم بأنّ الولد لأحدهما فیجری علیه ما یأتی فی المتولد علی فراش مدعیین له.

[۱] إذا أتت المرأه بولد عندما کانت علی فراش مدّعیین کالأمه المشترکه بین

....

الشَرح:

اثنين وقعا عليها، وادّعى كلّ منهما أنّ الولد له، فإنّه مع إمكان لحوق الولد بكلّ منهما يقرع بينهما فإن أخرج السهم أحدهما يلحق الولد به ويضمن للآخر نصيبه من الأمه ونصيب تقويم الولد.

ويشهد لذلك صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «بعث رسول اللّه صلى الله عليه و آله عليّاً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم: حدّثنى بأعجب ما ورد عليك، فقال: يا رسول اللّه أتأنى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جمعهم فى طهر واحد فولدت غلاماً فاحتجّوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : ليس من قوم تقارعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلى اللّه إلاّ خرج سهم المحقّ»(۱).

وكذا إذا وقع المتعدّدون على امرأه فى طهر واحد بالشبهه فولدت ولداً يمكن إلحاقه بكلّ منهم، كما يشهد بذلك صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا وقع الحرّ والعبد والمشرك على امرأه فى طهر واحد وادّعوا الولد أقرع بينهم وكان الولد للذى يقرع»(۲).

ومقتضى الصحيحتين خصوصاً ما ورد من بيان الكبرى فى الأولى عدم الفرق فى الرجوع إلى القرعه بين ما وقع القتل قبل القرعه أو بعدها. نعم مع رجوع أحدهما عن دعواه قبل القرعه يمكن دعوى أنّ الرجوع إذا كان بعد القتل بل إذا كان قبله يكون قتل الراجع للأخذ بإقراره على نفسه، فإنّ القرعه فى المقام لم يعين الأب ويسمع دعوى الآخر بكون الولد له مع فرض الفراش، كما هو المفروض فى المقام.

ص: ۱۴۶

۱- (۱) الوسائ: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۶: ۱۸۸.

۲- (۲) الوسائ: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ۱: ۱۸۷.

الثالث: ولو قتل الرجل زوجته هل يثبت القصاص لولدها منه

ولو قتل الرجل زوجته هل يثبت القصاص لولدها منه، قيل لا ، لأنّه لا يملك أن يقتصّ من والده، ولو قيل: يملك هنا أمكن اقتصاراً بالمنع على مورد النص[١].

وكذا البحث لو قذفها الزوج ولا وارث إلّا ولده منها، أمّا لو كان لها ولد من غيره فله القصاص بعد ردّ نصيب ولده من الديه وله استيفاء الحدّ كاملاً.

الشَرح:

نعم، إذا كان الراجع زوجاً للموطوءه وفرض دخوله بها فلا ينتفى الولد عنه بمجرّد الرجوع بل يحتاج نفيه إلى اللّعان، وكذا فى رجوع ولى الأمه التى وطأها، كما لا يخفى.

[١] ولو قتل الرجل زوجته ففى جواز قصاص ولدها من أبيه كلام.

فقد يقال بعدم الجواز، لأنّ الولد لا يجوز له القصاص من أبيه، كما إذا قطع الأب يد ابنه عمداً، حيث ليس للولد إلّا أخذ ديه من أبيه. ففى الفرض أيضاً لا يثبت له حقّ القصاص من أبيه.

وقد يقال إنّه لا يقتل الأب بقتله الولد كما أنّه ليس للولد القصاص من أبيه من الجنايه على طرفه، وأمّا أنّه لا يثبت له القصاص من أبيه إذا قتل مورّثه كالأمّ فى الفرض، فلا يدخل ذلك فى شيء من الموردين.

ولكن مع ذلك، الأظهر عدم جواز القصاص له من أبيه حتّى فى الفرض، لما ورد فى قذف الرجل زوجته الميته بأنّه ليس لولده حقّ القذف على أبيه، وبتعبير آخر كما ورد فى أنّ الأب لا ـ يقذف بقذفه الأبن ومع ذلك قد طبق الإمام عليه السلام تلك الكبرى على ما انتقل حقّ القذف إلى الأبن لموت زوجته المقذوفه كذلك ينطبق قوله لا ـ يقتل الأب بالأبن ولا يثبت للأبن القصاص من أبيه فى المفروض. وفى صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: لو قتله ما قتل به، وإن قذفه لم يجلد له . . . إلى أن قال وإن كان قال لأبنه يابن الزانيه وأمّه ميّته ولم يكن لها من يأخذ بحقّها

الرابع: ولو قتل أحد الولدين أباه ثمّ الآخر أمّه

ولو قتل أحد الولدين أباه ثمّ الآخر أمّه[۱]، فلكلّ منهما على الآخر القود، فإن تشاحّا فى الاقتصاص أقرع بينهما وقدّم فى الاستيفاء من أخرجته القرعه ولو بدر أحدهما فاقتصّ كان لورثه الآخر الاقتصاص منه.

الشَرح:

منه إلّا ولدها منه فإنّه لا يقام عليه الحد، لأنّ حقّ الحدّ صار لولده منها»(۱)، حيث انّ المتفاهم منه انّه كلّما لزم قصاص للأبن من أبيه فلا حق للأبن فى القصاص من أبيه.

نعم لو كان للزوجه ولد من غير القاتل فله القصاص من زوجها القاتل، ولو كان لها ولد من القاتل وولد من شخص آخر يثبت لولدها من غيره حقّ القصاص بعد ردّ نصف الديه على ولدها من القاتل، كما هو الحال فيما أوجب القتل ثبوت القصاص لواحد والديه للآخر، وأمّا فى مسأله القذف كما ورد ذلك فى ذيل الصحيحه من قوله عليه السلام «وإن كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له»الحديث(۲).

[۱] إذا قتل أحد الأخوين من أب وأمّ أباه وقتل الأخ الآخر أمّه يكون قاتل الأمّ وليّاً للقصاص من أخيه القاتل أباه، ويكون قاتل الأب وليّاً للقصاص من أخيه القاتل لأمّه، فأيّهما بدر إلى قتل الآخر قصاصاً تكون ورثه المقتول وليّاً بالقصاص الذى كان حقّاً لمورثهم المقتول قصاصاً.

واحتمال التهاتر بالإضافه إلى حقّ القصاص الذى كان لكلّ من الأخوين نظير التهاتر فى المتقاذفين بلا موجب بعد اقتضاء كلّ من القتلين كون كلّ منهما وليّاً على القصاص من الآخر.

وذكر الماتن أنّه إذا تشاحّاً فى البادى فى الاقتصاص أنّه يقرع بينهما. ولكن لا موجب للقرعه بعد معلوميه ثبوت حقّ القصاص لكلّ منهما.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حدّ القذف، الحديث ۱: ۴۴۷.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب حدّ القذف، الحديث ۱: ۴۴۷.

الشرط الرابع: كمال العقل

الشرط الرابع: كمال العقل، فلا يقتل المجنون سواء قتل مجنوناً أو عاقلاً[١ [وتثبت الديه على عاقلته، وكذا الصبى لا يقتل بصبى ولا ببالغ.

الشَرح:

نعم لو قيل بأنّ ثبوت حقّ القصاص على وليّ المقتول ظلماً يتوقّف على حكم الحاكم، فربّما يقال بأنّه يشكل على الحاكم الحكم لأحدهما أوّلاً.

وهذا أيضاً غير صحيح، لأنّ على الحاكم الحكم بثبوت حقّ الاقتصاص لكلّ منهما لكون كلّ منهما وليّاً على المقتول ظلماً.

[١] يعتبر فيمن يتعلّق به القصاص كمال بالفعل والبلوغ، ولو قتل المجنون مجنوناً أو عاقلاً لا يقتصّ منه، وتتعلّق الديه على عاقلته.

ويشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمداً(١) ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : انّ محمد بن أبى بكر كتب إلى أمير المؤمنين عليه السلام يسأله عن رجل مجنون قتل رجلاً عمداً فجعل عليه السلام الديه على قومه وجعل خطأه وعمده سواء(٢).

هذا بالاضافه إلى المجنون، وأمّا بالإضافه إلى الصبى ففى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «عمد الصبى وخطأه واحد»(٣)، وفى موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله»(۴). ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يقتل الصبى صبيّاً أو بالغاً فيحسب

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ١: ٣٠٧.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ۵: ٣٠٧.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٢: ٣٠٧.

۴- (۴) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٣: ٣٠٧.

أمّا لو قتل العاقل ثمّ جنّ لم يسقط عنه القود، وفی روایه یقتصّ من الصبی إذا بلغ عشراً[۱] وفی أخری: إذا بلغ خمسه أشبار ویقام علیه الحدود والوجه ان عمد الصبی خطأ محض یلزم أرشه العاقله حتّی یبلغ خمسه عشر سنه.

الشَرح:

قتله خطأً وتکون الدیه علی عاقلته.

والعبره فی حساب قتل المجنون خطأً محضاً ما إذا وقعت الجنایه حال جنونه ولو قتل عاقلاً ثمّ جنّ لم یسقط عنه القصاص وذلک مقتضی الإطلاق فی مثل قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(۱)، ظاهر الصحیحه ومعتبره السکونی صدور الجنایه حال الجنون واستیفاء القصاص حال الجنون مع صدور الجنایه حال العقل لا ینافی رفع قلم التکلیف عنه، فإنّ الاستیفاء حقّ مجعول لولی الدم.

ویدلّ علی ذلک أیضاً روایه معاویه بن بُرَید العجلی قال: «سئل أبو جعفر علیه السلام عن رجل قتل رجلًا عمداً فلم یقم علیه الحدّ ولم تصحّ الشهاده علیه حتّی خولط وذهب عقله ثمّ انّ قوماً آخرین شهدوا علیه بعد ما خولط أنّه قتله فقال: إن شهدوا علیه أنّ قتله حین قتله وهو صحیح لیس به علّه من فساد عقل قتل به، وإن لم یشهدوا علیه بذلک وکان له مال یعرف، دفع إلی ورثه المقتول الدیه من مال القاتل وإن لم یکن له مال أعطی الدیه من بیت المال ولا یطل دم امرء مسلم» (۲)، والروایه لا یخلو سندها من الضعف ولذلک تصلح للتأیید کالتأیید بما ورد من عدم سقوط الحدّ عنه إذا کان إرتکابه الموجب حال العقل، وما فی الروایه من دفع الدیه من ماله لا ینافی ما تقدّم، فإنّ المفروض فی الروایه عدم إحراز وقوع الجنایه حال جنونه لتکون الدیه علی عاقلته.

[۱] قال الشیخ قدس سره فی الاستبصار انّ الصبی إذا بلغ عشر سنین اقتصّ منه وحکی

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۵۲.

....

الشَرح:

ذلک عن مبسوطه ونهایته وعن غیر واحد لم یظفر بروایه مسنده تدلّ علی ذلک. نعم الروایه المرسله موجوده فی الکتب واحتمل بعضهم أنّه قدس سره استند فی ذلک إلی صحیح عن أبی أیوب الخزاز قال: سألت إسماعیل بن جعفر متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: «إذا بلغ عشر سنین، قلت: یجوز أمرهُ؟ قال فقال: «انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین، ولیس یدخل بالجاریه حتّی تکون امرأه فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره وجازت شهادته»(۱). وظاهرها انّ بلوغ الصبی أیضاً کالصبیه یکون ببلوغ عشرسنین.

ولکنها لا تصح للإعتماد علیها، لأنّ قول إسماعیل بن جعفر غیر معتبر بل باطل، لکونه من القیاس.

نعم، ورد فی صحیحه سلیمان بن حفص المروزی عن الرجل علیه السلام قال: «إذا تَمَّ للغلام ثمان سنین جاز أمره وقد وجبت علیه الفرائض والحدود»(۲). وظاهرها بلوغه بثمان سنین. وقد روی الشیخ الروایه بسنده عن علی بن الحسن بن فضال عن العبیدی (یعنی محمد بن عیسی العبیدی) عن الحسن بن راشد عن العسکری علیه السلام قال: «إذا بلغ الصبی ثمانی سنین فجائز أمره فی ماله وقد وجبت علیه الفرائض والحدود وإذا تمّ للجاریه سبع سنین فکذلک»(۳).

ولکن إذا أمکن حمل ذلک علی کونه مخیّراً یجوز أمره بإذن ولیّه ویثبت فی حقّه العبادات ویعزّر علی ارتکاب المحرّمات کالسرقه وشرب الخمر والفحشاء فهو، وإلاّ

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳: ۲۵۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب حد السرقه،الحدیث ۱۳: ۵۲۶.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب وصیه الصبی والعجوز، الحدیث ۱: ۱۱.

....

الشَرح:

فلا مجال للإعتماد عليها لعـدم معهوديه العمل بها ومعارضـتها بغير واحـد من الأخبار الدالّه على خلافها بل لا يبعد كونها متواتره إجمالاً.

وفى معتبره السكونى عن أبى عبـداللّه عليه السلام قـال: «قـال أمير المؤمنين عليه السـلام فى رجـل وغلام اشتركا فى قتل رجل فقتلاه، فقال أمير المؤمنين عليه السـلام : «إذا بلغ الغلام خمسه أشـبار اقتصّ منه وإذا لم يكن بلغ خمسه أشـبار قضـى بالديه»(۱)، وقـد التزم الشـيخ قدس سره فى الاسـتبصار بمضـمونها وقد حملوا الروايه على كون البلوغ خمسه أشـبار أماره لبلوغه إذا احتمل البلوغ وإلّا فمع العلم بالصغر لا عبره بلأشبار.

وبتعبير آخر لا يكون لبلوغه خمسه أشـبار موضوعيه فى مقابل بلوغه خمسه عشـر سـنه أو نبت الشعر الغليظ فى عانته أو احتلامه، حيث انّ الالتزام بالموضوعيه غير محتمل كما إذا فرض انّ الصبيين قـد ولـدا فى يوم واحـد فبلغ أحـدهما خمسه أشـبار ولم يبلغ الآخر فالالتزام بالقصاص من الأول دون الثانى إذا قتلا شـخصاً أو قتل كلّ منهما رجلًا أو صبياً غير محتمل وإن لم يمكن حملها على الأماريه أيضـاً كما يـدّعى ذلك فلابـدّ من طرحها وإرجاع علمها إلى أهلها لما تقـدّم من الروايات الـدالّه على أنّ بلوغه لا يكون بذلك وعليه فالالتزام بالقصاص من الصبى مع ورود انّ عمده وخطأه سيّان تحمّله العاقله غير ممكن، واللّه العالم.

ص: ۱۵۲

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۶ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۶۶.

فرع

لو اختلف الولى والجانى بعد بلوغه أو بعد إفاقته فقال قتلت وأنت بالغ أو أنت عاقل فأنكر فالقول قول الجانى مع يمينه[۱]، لأنّ الاحتمال متحقّق فلا يثبت معه القصاص وتثبت الديه على العاقله ولو قتل البالغ الصبى قتل به على الأصح[۲].

الشَرح:

[۱] فإنّ الاستصحاب فى كونه صغيراً زمان قتله أو بقاء جنونه زمانه ينفى الموضوع للقصاص ويثبت الموضوع لكون الديه على العاقله فعليه يكون ولى الدم مدّعياً لحقّ القصاص فإن أقام البينه على مدّعاه فهو، وإلاّ يحلف الجانى المفروض إحراز بلوغه حين الحلف أو إقامته حينه.

نعم، إذا كان المجنون مسبوقاً بالعقل وادّعى وليّ الدم وقوع القتل منه قبل طروّ الجنون وادّعى الجانى كونه بعد جنونه فالمدّعى هو الجانى فعليه إثبات دعواه وإلاّ يحلف الوليّ ويثبت عليه القود.

وظاهر الماتن وغيره عدم الفرق بين الصورتين بناءً على مسلك المشهور من إلحاق القصاص بالحدود التى تدرء بالشبهه، وقد تقدّم الكلام فى أصل الحكم فى الحدود وفى إلحاق القصاص بها فلا نعيد.

[۲] كما نسب ذلك إلى المشهور بل ادّعى عليه الاجماع. نعم المحكى عن الحلبى عدم القتل به، ويستدلّ على ما عليه المشهور باطلاق ما دلّ على ثبوت حقّ القصاص لولى من قتل مظلوماً وعمداً، ويضاف إلى ذلك مرسله ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كلّ من قتل شيئاً صغيراً أو كبيراً بعد أن يتعمّد فعليه

ولا يقتل العاقل بالمجنون[۱] وتثبت الـديه على القاتل إن كان عمـداً أو شبيهاً بالعمد وعلى العاقله إن كان خطأً محضاً ولو قصـد القاتل دفعه كان هدراً وفى روايه ديته على بيت المال.

الشَرح:

القود»(۱).

ولكنّ المروى فى الفقيه بسـنده عن ابن بكير عن أبى عبداللّه عليه السـلام «كلّ من قتل بشـىء صـغير أو كبير بعد أن يتعمّد فعليه القود»(۲)، وعليه فالمرسـله مضافاً إلى ضـعف السـند لا تـدلّ إلاّ على تعلّق القصاص حتّى إذا قتل بشـىء صـغير، لأنّه لو لم يكن الصحيح ما نقله الصدوق فلا أقلّ من عدم ثبوت صحّه ما نقله الشيخ قدس سره .

وأمّـا الاطلاق فيما دلّ على ثبوت حقّ القصاص لولى المقتول متعمّـداً أو ظلماً فيرفع اليـد عن الاطلاق المزبور بالتعليل الوارد فى عدم تعلّق القود على قاتل المجنون من قوله عليه السـلام فى صـحيحه أبى بصـير «فلا قود لمن لا يقاد منه»(۳) فإنّ مقتضى ذلك عدم تعلّق القصاص بقاتل الصبى حيث انّ الصبى لا يقاد منه.

[۱] ذكروا عدم الخلاف فى ذلك، ويستدلّ على ذلك بصحيحه أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلًا مجنونـاً فقـال: إن كان المجنون أراده فـدفعه عن نفسه فلا شـىء عليه من قود ولا ديه ويعطى ورثته ديته من بيت مال المسـلمين. قـال: وإن كـان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه وأرى انّ على قاتله الـديه فى ماله يـدفعها إلى ورثه المجنون ويستغفر اللّه ويتوب إليه»(۴). وروايه

ص: ۱۵۴

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴: ۵۶.

۲- (۲) من لا يحضره الفقيه: ج ۴، رقم الحديث ۵۲۲۱: ۱۱۲.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۵۲.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۵۲.

وفی ثبوت القود علی السکران تردّد والثبوت أشبه[۱] لأنّه کالصاحی فی تعلّق الأحکام.

الشَرح:

أبی الورد قال: «قلت لابی عبداللّه علیه السلام أو لابی جعفر علیه السلام : أصلحک اللّه، رجل حمل علیه رجل مجنون فضربه المجنون ضربه فتناول الرجل السیف من المجنون فضربه فقتله، فقال: أری أن لا یقتل به ولا یغرم دیته وتکون دیته علی الإمام ولا یبطل دمه»(۱). ومع ضعفها بأبی الورد صالحه للتأیید وظاهرهما ثبوت دیته فی صوره قتله دفاعاً، علی بیت المال.

ولکن استشکل فی ذلک بأنّ المقتول المهاجم دمه هدر فلا موجب لضمان الدیه.

ولکن الإشکال ضعیف، فإنّ دمه هدر بالإضافه إلی قاتله فلا یضمنه قاتله، وأمّا کون الدیه علی بیت المال فلا وجه لرفع الید عمّا دلّ علیه لاحتمال کون الحکمه فی ثبوتها تأمین معاش عیاله أو غیر ذلک.

[۱] المنسوب إلی المشهور تعلّق القصاص علی السکران فإنّه وإن کان حین الجنایه بلا قصد لسکره إلّا أنّه بسوء الاختیار فیتعلّق به أحکام الصاحی.

وربّما یستدلّ علی ذلک بمعتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «کان قوم یشربون فیسکرون فیتباعجون بسکاکین کانت معهم فرفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فسجنهم فمات منهم رجلان وبقی رجلان فقال أهل المقتولین یا أمیر المؤمنین علیه السلام أقدهما بصاحبینا فقال للقوم: ماترون فقالوا: نری أن تقیدهما فقال علی علیه السلام للقوم: فلعلّ ذینک الّذین ماتا قتل کلّ واحد منهما صاحبه قالوا لا ندری فقال علی علیه السلام بل أجعل دیه المقتولین علی قبائل الأربعه وآخذ دیه جراحه الباقین من دیه المقتولین»(۲)

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۵۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲: ۱۷۳.

....

الشَرح:

فإنّ قوله عليه السلام فلعلّ ذينك . . . إلخ، فى أنّه إذا أحرز انّ الباقين قتلا الذين ماتا لتعلّق بهما القود، فالسكر المحرم كما هو ظاهر الفرض لا يوجب خروج جنايه السكران عن حكم التعمد، ولكن جعله عليه السلام ديه المقتولين على قبائل الأربعه ينافى جعل جنايه السكران عمديةً حيث انّ اللازم أن تكون ديتهما على أنفسهم بأن يكون ديه كلّ من المقتولين على الثلاثه أحدهم المقتول الآخر والمجروحين بل ظاهر صحيحه محمد بن قيس أنّه لا يحسب جنايه السكران عمديّاً فإنّه روى عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أربعه شربوا مسكراً فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان فأمر المجروحين فضرب كلّ واحد منهما ثمانين جلده وقضى بديّه المقتولين على المجروحين فليس على أحد من أولياء المقتولين شيء»(١).

ووجه الظهور أنّ الأمر بجلد كلّ من المجروحين ثمانين هو حدّاً لشرب المسكر فيكون الإسكار على وجه المحرم وحكمه عليه السلام بديّه المقتولين على المجروحين مقتضاه معلوميه إسناد القتل إليهما وإلاّ كانت الديه على الثلاثه كما تقدّم. ولو كانت جنايه السكران من التعمد لكان على المجروحين القود.

وحمل هذه على ما إذا لم يكن وقوع الاقتتال معلوماً لهم عند الشرب بأن كان أمراً اتفاقياً وحمل معتبره السكونى على ما إذا كان وقوعه أمراً عاديّاً لعلمهم حين الشرب بأن هذا يؤدّى إلى الاقتتال نوعاً نوع جمع تبرّعى. نعم هذا التفصيل مقتضى القاعده التى ذكرنا فى تمييز الجنايه يعنى القتل عمداً عن القتل خطأً، والمتعين فى المقام الأخذ بها، واللّه العالم.

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١: ١٧٣.

أمّا من بنّج نفسه أو شرب مرقداً لا لعذر فقد ألحقه الشيخ رحمه الله بالسكران وفيه تردّد[۱].

ولا قود على النائم لعدم القصد وكونه معذوراً فى سببه وعليه الديه[۲].

الشَرح:

[۱] ينبغى أن يكون الكلام فيما إذا كان البنج مزيلاً للقصد والإختيار من غير أن يكون مسكراً، وكذلك المراد من شرب المرقد، ومع عدم العذر له فى إرتكابه فقد يقال كما عن الشيخ قدس سره إلحاقه بالسكران فى ثبوت القصاص عليه لاشتراك ذلك مع السكران فى زوال القصد بفعله الاختيارى. وقد تردّد الماتن قدس سره فى هذا اللحوق، ولكن الصحيح الالحاق إذا كان ذلك من غير ضروره مع علمه بأنّ ارتكابه القتل معه أمر عادى بخلاف ما إذا كان أمراً اتفاقياً على ما تقدّم من التفصيل فى السكران، واللّه العالم.

[۲] لا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا قتل النائم بحركته فى النوم وانقلابه شخصاً طفلًا كان أو غيره لا قود عليه، لعدم قصده القتل ولا الفعل وكونه معذوراً فى نومه وحركته. وإنّما الكلام فى الديه فى ماله أو أنّ الديه على عاقلته، وظاهر الماتن فى المقام أنّ الديه على النائم، وصرّح فى الديّات أنّ الأشبه بأصول المذهب كونها على عاقلته.

ويستدلّ على كون الديه على النائم بما روى «من نام فانقلب على غيره فقتله كان ذلك شبيه العمد» وبأنّ انقلاب النائم لعدم قصد النائم من أسباب القتل التى يكون ضمانها على الفاعل دون العاقله.

ولكن قد يقال شىء من ذلك لا يوجب كون الديه عليه، لعدم كون السبب موجباً لكون الديه على الشخص ما لم يكن القتل مستنداً إليه بقصده الفعل القاتل والمفروض أنّ النائم غير قاصد للفعل أصلًا، ولذا قد يشكل كون الديه على عاقلته أيضاً، فإنّ الملاك فى ضمان العاقله فى موارد الخطأ أن يكون الفاعل قاصداً قتل شىء فيصيب غيره أو يريد الفعل القاتل لشىء فيصيب غيره أى يقع على غيره، وهذا غير محقّق فى المورد،

وفی الأعمی تردّد أظهره أنّه کالمبصر فی توجّه القصاص بعمده[۱]، وفی روایه الحلبی عن أبی عبدالله علیه السلام إنّ جنایته خطأ تلزم العاقله.

الشَرح:

ولذا احتمل أن یکون دیته علی بیت المال، لأنّ دم المسلم لا یذهب هدراً وهذا أیضاً غیر ثابت فیما کان الموت مستنداً إلی القضاء والقدر کما إذا دفع الریح شخصاً من السطح فوقع علی غیره فمات الغیر.

ولکن الظاهر الفرق بین مسأله إطاره الریح شخصاً فیقع علی غیره وبین انقلاب النائم فإنّ إتلاف النفس یستند إلی النائم حیث إنّ الفعل صدر عنه ولو بلا قصده بخلاف دفع الریح فإنّ وقوعه علی الغیر مستند إلی الریح العاصفه کاستناد سقوط الحجاره إلیها، وکما أنّه إذا انقلب النائم علی مال الغیر فأتلفه یکون ذلک موجباً لضمانه المال المتلف کذلک انقلابه علی شخص آخر.

نعم الروایه المرسله لإرسالها لا یمکن الاعتماد علیها والعمده ما ذکرنا، ویأتی التعرّض لذلک فی مسأله انقلاب الظئر النائم علی الطفل ونلتزم فیها بالتفصیل بین ما إذا کانت الظئر ظائره طلباً للعزّ والفخر فتکون الدیه فی مالها وبین ما ظائرت لفقرها تکون الدیه علی عاقلتها لبعض الروایات الوارد فیها.

[۱] فإنّه إذا قصد القتل أو قصد الفعل القاتل یکون قتله عمدیّاً فیعمّه ما دلّ علی ثبوت حقّ القصاص عنه لأولیاء المقتول وأنّ «النفس بالنفس»(۱).

ولکن قد ورد فی صحیحه العلاء عن محمد الحلبی أنّ قتله یحسب خطأً فیکون دیه المقتول علی عاقلته قال: «سألت أبا عبدالله علیه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عیناه علی خدّیه فوثب المضروب علی ضاربه فقتله قال: فقال أبو عبدالله علیه السلام : هذان متعدّیان جمیعاً فلا أری علی الذی قتل الرجل قوداً لأنّه قتله

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

الشرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم

الشـرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم احترازاً من المرتدّ بالنظر إلى المسلم فإنّ المسلم[۱] لو قتله لم يثبت القود وكذا كلّ من أباح الشرع قتله ومثله من هلك بسرايه القصاص أو الحدّ.

الشَرح:

حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سـنين فى كلّ سـنه نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه مـا جنى فى ماله يؤخـذ بها فى ثلاث سـنين ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بـديّه عينيه»(۱)، والروايه صحيحه بحسب نقل الصدوق، حيث رواه بإسناده عن العلا عن الحلبى.

وفى موثقه عمّـار عن أبى عبيـده قال: «سألت أبا جعفر عليه السـلام عن أعمى فقأ عين صـحيح فقال: إنّ عمـد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام ولا يبطل حقّ امرى ء مسلم»(۲).

وقد يشـكل على الروايتين بتعارضـهما حيث ذكر فى الثانيه ما يقضـى كون عمده شبه العمد، وفى الأولى كون عمده خطأً محضاً مع أنّ الوراد فيهما كون الديه مع فقد العاقله على الأعمى.

ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ مقتضـى بينهما رفع اليد عن إطلاق الصدر فى الثانيه بما ورد فى الأولى من كون الديه فى مال الأعمى مع فقـد العـاقله، كمـا يرفع عن إطلاق ذيل الأولى بما ورد فى ذيل الثانيه من أنّه إذا لم يكن للأعمى عاقلته تكون الـديه فى بيت المال أو تحمل على التفصيل بين قتل الأعمى وجنايته على الأطراف فيؤخذ فى الأولى بخطأ المحض وفى الثانيه بشبه الخطأ.

[۱] لا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا ثبت جواز قتل مسلم لمسلم فلا يترتّب على قتله

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحديث ۱: ۳۰۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۶۵.

....

الشَرح:

قود فإنّ مع جواز القتل له لا يكون قتله عدواناً وظلماً وعلى هذا فإن قتل مسلم مرتدّاً سواء كان المرتدّ فطرياً أو ملّياً وكان القتل حال ارتداده فلا قود على المسلم القاتل، وعدم ثبوت القود على المسلم القاتل، مضافاً إلى جوازه فى المرتدّ الفطرى، حيث ورد فى مثل موثقه عمّار الساباطى قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الإسلام وجحد محمداً صلى الله عليه و آله نبوّته وكذّبه فإنّ دمه مباح لمن سمع ذلك منه»(۱) لكون شرط القصاص التساوى فى الدّين وأنّه لا يقتل المسلم بكافر، وأمّا إذا رجع المرتدّ إلى الإسلام فإنّ المقتول إذا كان ارتداده فطرياً فلا قود، لبقاء جواز قتله بخلاف ما إذا كان ارتداده ملّياً فإنّه يتعلّق على القاتل القود، لكونه بعد التوبه مسلم ودمه محترم كساير المسلمين.

وكذا إذا قتل المسلم من سبّ النبى صلى الله عليه و آله أو أحد الأئمه أو فاطمه عليهاالسلام بنت رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّ حدّ السبّ جواز قتله لكلّ من سمع منه.

وقد لا يكون الشخص محقون الدم بالإضافه إلى شخص ولكن يكون محقون الدم بالإضافه إلى الآخر، كما فى القاتل عمداً فإنّه غير محقون الدم بالإضافه إلى ولىّ الدم، ويكون محقون الدم بالإضافه إلى السائرين، فلو قتله غير ولىّ الدم يثبت على قاتله القود وبخلاف ما إذا قتله ولىّ الدم.

ويلحق بذلك من أجرى عليه قصاص الطرف أو الحدّ من غير تعدّ عن الحداد والمجنى عليه ولكن ترتب على إجراء الحدّ والقصاص موته فإنّه لا قود فى الفرض ولا ديه لما تقدّم من الروايات من أنّ من قتله الحدّ أو القصاص فدمه، هدر، بخلاف ما

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب حدّ المرتد، الحديث ۳: ۵۴۵.

....

الشَرح:

إذا مات بتعدّ من الحداد والمجنى عليه فإنّه يوجب الضمان كما تقدّم فى باب الحدود.

ويقع الكلام فى المقام فى أمور ثلاثه:

الأول: ما إذا كان الشخص لارتكابه أمراً محرّماً محكوماً بالقتل حدّاً، كالزانى المحصن واللائط فإن قتلهما المستند إلى الحاكم يكون من جهه إجراء الحدّ عليهما وهذا لا إشكال فيه وإنّما وقع الإشكال فيما إذا قتله الغير مع إحرازه وعلمه بارتكاب الموجب فإنّه وإن يظهر من بعض كلمات الأصحاب بكونهما مهدورى الدم فلا يوجب قتلهما قصاصاً على المسلم وإن فعل حراماً، لكون إجراء الحد على الزانى والزانيه واللائط والملوط كساير الحدود من وظيفه الحاكم.

نعم إذا لم يتمكّن القاتل من إثبات الارتكاب يجرى عليه القصاص على ما هو موازين القضاء، ولكن استشكل فى الحكم المزبور جماعه وذكروا أنّ المرتكب مهدور الدم بالإضافه إلى الحاكم فيتعلّق على القاتل القود نظير قتل من عليه القصاص إذا لم يكن القاتل من أولياء الدم وهذا الإشكال فى محلّه فإنّ مقتضى ما دلّ على أنّ النفس بالنفس بعد عدم ثبوت الترخيص للقاتل فى قتله تعلّق القود عليه.

الثانى: ما إذا قتل الزوج زوجته إذا رأى أنّها تزنى أو قتل الزانى بها فإنّه يستدلّ على جوازه وعدم تعلّق القود على الزوج بقتلهما بروايات. نعم لو لم يتمكّن من إثبات الزنا يتعلّق عليه القود بحسب الحكم الظاهرى.

منها روايه سعيد بن المسيب «أنّ معاويه كتب إلى أبى موسى الأشعرى انّ ابن أبى الجسرين وجد رجلًا مع امرأته فقتله، فاسأل عليّاً عليه السلام عن هذا، قال أبو موسى: فلقيت عليّاً فسألته . . . إلى أن قال: فقال أبو الحسن: «إن جاء بأربعه يشهدون على ما

....

الشَرح:

شهد وإلّا دفع برمّته»(۱).

وروايه الفتح بن يزيد الجرجانى عن أبى الحسن عليه السلام «فى رجل دخل دار آخر للتلصّص أو الفجور فقتله صاحب الدار، أيقتل به أم لا؟ فقال: إعلم أنّ من دخل دار غيره فقد أهدر دمه ولا يجب عليه شىء»(۲).

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: «أيّما رجل اطّلع على قوم فى دارهم لينظر إلى عوارتهم ففقؤوا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم»(۳).

ولكنّ الروايتين الأخيرتين ظاهرهما الدفاع عن المال والعرض لا قتل مرتكب الحد بعد ارتكابه، والروايه الأولى وإن كانت ظاهره فيما ذكر ولا يحتمل الفرق بين قتل الزانى والزانيه إلّا أنّه من حيث السند ضعيفه لا يمكن الاعتماد عليها.

مع أنّه تعارضها صحيحه داود بن فرقد، قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: إنّ أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلًا ما كنت صانعاً به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقال: ماذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا لو وجدت على بطن امرأتك رجلًا ما كنت صانعاً به، فقلت: أضربه بالسيف، فقال: يا سعد، فكيف بالأربعه الشهود؟ فقال: يا رسول اللّه بعد رأى عينى وعلم اللّه أن قد فعل، قال: أى واللّه، بعد رأى عينك وعلم اللّه أن قد فعل، إنّ اللّه جعل لكلّ شىء حدّاً وجعل لمن تعدّى ذلك الحدّ حدّاً»(۴).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۹ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲: ۱۰۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۷ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲: ۵۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۷: ۵۰.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۱۰.

....

الشَرح:

ومـا أرسـل الشـهيد فى الـدروس أنّ من رأى زوجته تزنى فله قتلهما أيضاً لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليه، مع أنّها لم توجـد فى كلام من تقدّم على الشهيد.

الثالث: قـد ورد الروايات فى جواز الـدفاع عن النفس والعرض والمال وتقـدّم أنّ القتل دفاعاً لا يوجب القود ولا الـديه، والكلام فى أنّ مهـدوريه دم المهـاجم بالإضـافه إلى من يهـاجم عليه أو أنّه يجـوز قتـل المهـاجم للغير عنـد الـدفاع عن أخيه المـؤمن إذا اسـتدعى نصـرته وإعانته. وقـد تقدّم أنّه لا يبعد أن يكون المهاجم مهدور الدم حتى بالإضافه إلى من يدافع عمّن يهاجم عليه فى مباحث الدفاع.

ص :۱۶۳

الفصل الثالث: فی دعوی القتل وما یثبت به

ما یشترط فی المدّعی

ویشترط فی المدّعی البلوغ والرشد حاله الدعوی دون وقت الجنایه، إذ قد یتحقّق صحّه الدعوی بالسماع المتواتر[۱]، وأن یدّعی علی من یصحّ منه مباشره الجنایه، فلو ادّعی علی غائب لم یقبل، وکذا لو ادّعی علی جماعه یتعذّر اجتماعهم علی قتل الواحد کأهل البلد، وتقبل دعواه لو رجع إلی الممکن.

الشَرح:

[۱] یقع الکلام فی المقام فی شرایط سماع الدعوی وما یترتب علیها، وفیما یثبت به دعوی القتل وما یتفرّع علیها.

أمّا شرایط سماعها فقد ذکر الماتن قدس سره أنّه یشترط فی سماعها کون المدّعی بالغاً رشیداً عند الدعوی، وأمّا الواقعه التی یدّعیها فلا یعتبر بلوغه ورشده عند وقوعها حیث یمکن للصبی بعد بلوغه ولغیر الرشید بعد رشده العلم بالواقعه المزبوره بالسماع المتواتر ونحوه فیرفع دعواه إلی المرافعه.

وکذا یعتبر فی سماع الدعوی کونها بحیث یحتمل صحتها وکون ما یدّعیه ممکن الوقوع، فلو ادّعی علی غائب لا یمکن وقوع الجنایه منه لغیابه أو علی جماعه لا یمکن اجتماعهم علی الجنایه کما إذا ادّعی اجتماع أهل البلد علی قتل والده لا تسمع.

أقول: قد ذکر قدس سره فی کتاب القضاء فی شرایط سماع الدعوی کون المدّعی بالغاً عاقلاً ولم یذکر الرشد المقابل للسفاهه، وذکر فی المقام اعتبار البلوغ والرشد، فإن کان مراده فی المقام من الرشد: العقل، فالاشتراط کما ذکرنا فی القضاء صحیح، لأنّ المتصدّی للدعوی عن الصغیر والمجنون ولیّهما.

وأمّا إذا کان المراد من الرشد مقابل السفاهه کما هو ظاهره فاعتباره فی المدّعی

ولو حرّر الدعوى بتعيين القاتل وصفه القتل[۱] ونوعه، سمعت دعواه، وهل الشَرح:

يختصّ بالـدعاوى المـاليه الراجعه إلى التصـرّف فى أمواله على تفصـيل تعرّضـنا له فى بحث القضـاء. وأمّا فى المقام أى دعوى القتل الموجب للقصاص عن الجانى بل الموجب لأخـذ الـديه منه أو من عاقلته فلا موجب لاعتباره، فإنّ السـفيه غير محجور عليه عن القصـاص من الجـانى ولاـ من تملّـك الـديه عليه أو على عـاقلته، غـايه الأـمر لاـ يـدفع الـديه إليه بل إلى وليّه ولا يتحقّق منه المصالحه على الديه بل لوليّه ذلك.

وعلى الجمله، الحجر عليه فى أمواله لا يقتضى أزيد من منع دفع أمواله إليه وعدم نفوذ تصرّفاته فيها.

نعم، قد يقال بعدم سماع دعوى السفيه إذا اقتضى القصاص من الجانى ردّ فاضل الديه عليه.

ولكن لا يخفى أنّ ردّ فاضل الـديه حكم شـرعى يترتّب على القصاص من الجانى والقصاص ليس من التصـرّف فى المال، ولـذا تسـمع دعوى الجنايه على السـفيه حتّى فى موارد ترتّب أخذ الديه منه على ثبوت الجنايه، وغايه الأمر يكون المتصدّى لردّ فاضل الديه على الجانى أو إعطاء الديه لجنايه السفيه وليّه لكون أمواله بيده.

ويعتبر أيضـاً فى سـماع دعواه إمكـان وقوع الجنـايه عن المـدّعى عليه وقتها أو مطلقاً فلو ادّعى الجنايه على غائب وقتها لا تسـمع الدعوى وكذا إذا ادّعى على من لا يمكن وقوع الجنايه عنه مطلقاً كما إذا ادّعى أنّ أهل البلد أجمع قتلوا أباه.

نعم، إن فسّـره بشىء ممكن أو احتمل الإمكان كما إذا بعث الغائب بسمّ فى طعام إليه فقتله أو أمر أهل البلد فلاناً بقتل أباه تسمع لإمكان الدعوى.

[۱] المراد من صـفه القتل اتصاف القتل بالمباشـره أو التسبيب، ومن النوع كونه عمـداً أو شـبه عمد أو خطأ ولو عيّن المدّعى فى دعواه القاتل وصفه قتله ونوعه فهذا هو

....

الشَرح:

المتيقّن من سماع الدعوى، والمراد من سماعه توجّه اليمين على المدّعى عليه.

وأمّا إذا عيّن فى دعواه القاتل ولكن أطلق القتل، فقد اختار الماتن قدس سره السماع بعد إبرازه التردّد فيه.

أقول: لا ـ ينبغى التردّد فى سماعها فى الفرض غايه الأمر إذا لم يكن للمدعى بيّنه فيحلف المدعى عليه على عدم وقوع القتل وصدوره عنه، وإن أقام بيّنه وشهدت البيّنه أيضاً على مطلق القتل من غير تعيين أنّه كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ فيحكم القاضى بالديه عل عاقله المدّعى عليه، لأنّ الأصل عدم وقوع الفعل منه بقصد قتله ولا بقصد عنوان الفعل فيحرز الموضوع لكون الديه على العاقله.

وإن شهدت البيّنه أنّه قد صدر عنه الفعل بالقصد ولكن لم يشهد بقصده القتل فإن كان الفعل قاتلًا نوعاً ترتّب عليه القصاص وإلّا يترتّب الديه على الجانى، لأنّ الأصل عدم قصده القتل ولم يكن الفعل قاتلًا نوعاً على الفرض، فيحرز شبه العمد الموضوع، لكون الديه على الجانى.

وهكذا الحال إذا كان المدّعى ادّعى على شخص القتل وأطلق واعترف المدّعى عليه بالقتل، فإن كان اعترافه بالقتل عمداً اقتصّ منه، وإن اعترف بالقتل ولكن قال لا أدرى أنّه كان عمداً أو غيره فإنّه يحكم عليه بالديّه فى ماله لأصاله عدم تعمّده القتل، فإنّه إذالم يكن الفعل قاتله نوعاً يثبت الموضوع للديه عليه، لأنّ الديه فى موارد ثبوت القتل بالاعتراف إذا لم يكن القتل عمديّاً يكون على المقرّ لا عاقلته كما يأتى، ولذا لو اعترف بالقتل بالخطأ المحض يكون على المقرّ لا عاقلته كما يأتى، ولذا لو اعترف بالقتل بالخطأ المحض يكون أيضاً الديه عليه بخلاف البيّنه فإنّه إذا لم يشهد بقصده الفعل يحكم بثبوت الديه على عاقلته، لأنّ الأصل عدم صدوره عنه بالقصد.

تسمع منه مقتصراً على مطلق القتل؟ فيه تردّد أشبهه القبول، ولو قال: قتله أحد هذين، سمعت إذ لا ضرر فى أحلافهما[۱] ولو أقام بينه سُمعت لاثبت اللوث إن خصّ الوارث أحدهما.

الشَرح:

[۱] قد تقدّم أنّ سماع الدعوى مقتضاه توجّه اليمين على المدّعى عليه مع عدم البيّنه والسماع بهذا المعنى لا محذور فيه، لعموم قوله عليه السلام «البيّنه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه» والمدّعى عليه فى الفرض وإن كان أحدهما الجامع بينهما إلاّ الدعوى عليه لا ـ تدفع إلاّ ـ بالحلف من كلّ منهما وليس فى إحلافهما ضرر عليهما حيث لا محذور فى الحلف صادقاً كما فى فرض عدم صدور القتل منهما، بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث أنّه يمكن من سماعها بإحلافهما التوصل إلى معرفه القاتل بنكول أحدهما عن الحلف وإقراره بأنّه القاتل فيكون السماع طريقاً إلى معرفه القاتل واستيفاء الحقّ منه.

وما فى الجواهر(۱) من الإشكال فى السماع بأنّ الدعوى لم تتوجّه إلى واحد منهما لا يمكن المساعده عليه فإنّ الدعوى على الجامع بينهما لا ـ تسقط إلاّ ـ باليمين من كلّ منهما، وذكر قدس سره أنّه لو بنى على حصول اللوث بنكولهما عن اليمين أمكن القول بسماع الدعوى، نظير ما ذكر المصنّف وغيره من أنّ المدّعى بكون أحدهما القاتل لو أقامت بيّنه على أنّ أحدهما القاتل سمعت، لأنّ البيّنه المزبوره تثبت اللوث إذا اختصّ اللوث المدّعى بالقتل أحدهما المعيّن فيكون على ذلك المعيّن إقامه البيّنه على أنّه ليس بقاتل وإن لم تقم بيّنه كذلك أثبت الوارث المدّعى القتل عليه بالقسامه، ومقتضى التقييد فى سماعها بما إذا اختصّ الوارث أحدهما المعيّن بعد إقامه البيّنه المزبوره أنّه

۱- (۱) جواهر الكلام: ۴۲/۱۹۵.

....

الشَرح:

لا فائده للبيّنه المزبوره مع عدم هذا التعيين.

أقول: إذا بنى على أن نكولهما عن اليمين يثبت اللوث أو أنّ قيام البيّنه على أنّ أحدهما هو القاتل يثبته فلا يضرّ عدم تعيين الوارث أحدهما المعيّن فإنّه يثبت فى الفرض حكم الدعوى فى مورد اللّوث وحكمه على ما يستفاد من بعض الروايات على ما يأتى فى بحث القسامه انّ مع عدم قيام المدّعى عليهم البيّنه على نفى التهمه يكون على المدّعى القسامه وإذا كان أقامها قسط الديه على المتّهمين ولا يقتصّ منهم ولا من بعضهم لعدم تعيّن القاتل.

وكذا إذا لم تقم المدّعى القسامه ولكن المدّعى عليهم أيضاً نكلوا من إقامه القسامه على نفى التهمه عنهم، وأمّا إذا أقاموها تسقط دعوى التهمه منهم ويعطى الديه من بيت المال مطلقاً أو إذا كان الإعطاء صلاحاً بنظر الحاكم لئلا يذهب الدم المسلم هدراً نظير القتيل فى الزحام كما يأتى.

بل إذا عيّن الوارث المدّعى القاتل بعد نكولهما أو بعد قيام البيّنه على أنّ أحدهما قاتل ففى سماع تعيينه تأمّل حيث إنّه ينافى دعواه السابق بأنّ القاتل أحدهما ولا يدرى تعيينه وأن لا يبعد سماعه إذا ادّعى ظهور التعيين له بعد ذلك. ولو شكّ فى أنّ نكولهما أو قيام البيّنه المزبوره يعدّ من اللّوث أم لا لا يبعد الحكم بترتّب حكم اللوث كما هو مقتضى الاطلاق فى مثل موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم حكم فى أموالكم أنّ البينه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه، وحكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرء مسلم»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹: الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۴: ۱۱۵.

الأولی: لو ادّعی أنّه قتل مع جماعه لا یعرف عددهم

الأولی: لو ادّعی أنّه قتل مع جماعه لا یعرف عـددهم سـمعت دعواه[۱] ولا یقضـی بالقود ولا بالـدیه، لعدم العلم بحصّه المدّعی علیه من الجنایه ویقضی بالصلح حقناً للدم.

الشَرح:

[۱] قد یذکر فی المسأله الأولی صورتان:

الأولی: مـا إذا ادّعی ولیّ المقتول أنّ زیـداً قتـل أبـاه مع جمـاعه مشترکین فی قتله عمـداً لا ـ أعلم عـددهم، وظاهر الماتن أنّ فی الصوره لا یجوز لولی المقتول القود حتّی من زید کما لا یجوز أخذ الدیه منه، ولکن یسـمع دعواه فیقضـی بالصلح مع زید قهراً حقناً للدم.

وکلامه هـذا ناظر إلی صوره إثبات القتل علی طبق دعواه، وعلّل عدم تعلّق القود بزید بأنّ من شـرط القصاص من أحد الشـرکاء فی القتل ردّ المشترکین الفاضل من الدیه إلی أولیائه وهذا غیر ممکن فی الفرض لعدم العلم بعدد الشرکاء.

ولکن لا ـ یخفی مـا فیه، فـإنّه لم یثبت فی الا ـشتراک فی القتـل أنّ جواز قصاص الولی من بعضـهم مشـروط بـدفع سایر الشـرکاء الفاضـل من الـدیه إلی أولیـائه، بل یجوز له القصاص ووجوب إعطاء فاضل الـدیه وظیفه المشترکین مع الجانی المقتول قصاصاً، فـإذا لم یمکن ردّهم لعـدم العلم بعـدد الشـرکاء یقتصـر المعلومون منهم علی المقـدار المتقّین أو یجبر علی المصـالحه مع أولیاء الجانی المقتول فالصحیح جواز الاقتصاص من زید فی الفرض.

الصوره الثانیه: ما إذا ادّعی ولی المقتول أنّ زیداً مع شرکائه لا یعلم عددهم قتلوا

الثانيه: إذا ادّعى القتل ولم يبيّن عمداً أو خطأً

الثانيه: إذا ادّعى القتل ولم يبيّن عمداً أو خطأً الأقرب انّها تسمع[١] ويستفصلها القاضي وليس ذلك تلقيناً بل تحقيقاً للدعوى، ولو لم يبيّن قيل: طرحت دعواه وسقطت البينه بذلك، إذ لا يمكن الحكم بها، وفيه تردّد.

الشَرح:

أباه خطأً وفى هذا الفرض يحكم الحاكم بالمصالحه بين وليّ المقتول وزيد وساير المعلومين من الشركاء، لأنّ أخذ تمام الديه من زيد وشركائه موقوف على العلم بعدد الشركاء، وكذا الحال إذا كانت دعوى الولى القتل بالخطأ المحض فإنّه يحكم بالمصالحه بين وليّ الدم وعاقله زيد والمعلومين من الشركاء على ما تقدّم، وذلك لما علم من اهتمام الشارع بالتحفّظ على الدم حتّى بناءً على أنّ مثل هذه الدعوى لا تسمع فى المال.

[١] إذا ادّعى القتل على أحد ولم يعيّن نوعه من العمد الموجب للقصاص أو الخطأ الموجب للديه على الجانى أو عاقلته، تسمع دعواه، فإن احتمل القاضى أنّه لم يبيّن نوعه لمصلحه له فى الاخفاء يستفصله والاستفصال ليس تلقيناً بناءً على ما تقدّم من أنّه إن لم يفصّل وأثبت دعواه بالبيّنه التى شهدت بمطلق القتل تثبت الديه على عاقلته لأصاله عدم التعمّد وعدم قصده الفعل الذى ترتّب عليه القتل اتفاقاً، ولو ادّعى وقوع الفعل منه قصداً ولكن ذكر عدم علمه بقصده القتل أم لا ، يترتّب الديه على الجانى لأصاله عدم قصده القتل. وبتعبير آخر يحكم بضمّ الوجدان المحرز بالبيّنه إلى الأصل بمقتضاها.

لا يقال: إذا ثبت الفعل بالبيّنه أو بالإقرار يحكم بكونه عمديّاً، لكون الأصل وقوع الفعل عن الفاعل بالقصد.

فإنّه يقال: الأصل الثابت بسيره العقلاء على حمل الفعل الصادر عن فاعل بصوره القصد والتعمّد غير جار فى أمثال المقام ممّا كان التعمّد والخطأ كلّ منهما موضوع

الثالثه: لو ادّعى على شخص القتل منفرداً

الثالثه: لو ادّعى على شخص القتل منفرداً، ثمّ ادّعى على آخر لم تسمع الثانيه برّأ الأوّل أو شرّكه لإكذابه نفسه[١] بالدعوى الأولى، وفيه للشيخ قول آخر.

الشَرح:

لحكم خاص، فإنّه ليس بنائهم فيه على التعمّد والقصد.

نعم لو كان المثبت لدعوى مطلق القتل ثابتاً بإقرار المدّعى عليه تتعلّق الديه على الجانى لما يأتى من عدم ثبوت الديه بإقرار الجانى على عاقلته بل الاستفصال إذا كان بقصد أن يعيّن المدّعى نوع القتل لا حتمال صدقه وغفلته عن التعيين وأن لا يبطل دم امرىء مسلم فلا بأس، وإن قيل بأنّ مع عدم التعيين بعد ذلك لا تسمع الدعوى ولا تفيد البيّنه القائمه بمطلق القتل، ولكن القول بعدم السماع ضعيف كما تقدّم.

بل يمكن أن يقال: إنّ الدعوى إذا كانت مطلق القتل وشهدت البيّنه بالتعمّد أو بالخطأ شبيه العمد أو بالخطأ المحض فتعتبر البيّنه من غير حاجه إلى ضمّ الأصل ولا يكون عدم التعيين فى الدعوى موجباً لسقوطها عن الاعتبار أخذاً بما دلّ على ثبوت القود أو الديه بشهاده رجلين.

[١] علّل عدم سماع الدعوى الثانيه بأنّ الدعوى الأولى تكذيب لها، ومقتضى ذلك عدم سماع الدعوى الأولى ايضاً، فإنّ الثانيه تكذيب للأولى أيضاً ومع احتمال الصدق فى الثانيه، نعم مع إبداء العذر عن الدعوى الأولى لا تبعد سماع الثانيه حفظاً على الدم من الضياع.

وحكى عن الشيخ قدس سره أنّه لو أقرّ المدعى عليه فى الدعوى الثانيه بها تسمع ومقتضاه عدم سماع الدعوى الأولى سواء كانت الدعوى فى الثانيه القتل بالانفراد أو بالاشتراك، ولا تكون هى مكذّبه للدعوى الثانيه مع تصديق المدّعى عليه ولا يبعد أن يستفاد ذلك من صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام ويأتى نقلها فى ثبوت القتل بالاقرار،

الرابعه: لو ادّعى قتل العمد ففسّره بالخطأ

الرابعه: لو ادّعى قتل العمـد ففسّـره بالخطأ لم تبطل أصل الدعوى[١] وكـذا لو ادّعى الخطأ ففسّـره بما ليس خطأ. وتثبت الدعوى بالاقرار أو البيّنه أو القسامه، أمّا الإقرار فيكفى المرّه[٢] وبعض الأصحاب يشترط الإقرار مرّتين،

الشَرح:

فإنّ الاقرار إذا كان بلا دعوى على المقرّ ومع الشهود على خلافه نافذ فمع عدمهم على الخلاف والدعوى عليه نافذ بالأولويه.

[١] بـل تكون دعواه القتـل خطـأً إذا كـان ممن يحتمـل عـدم معرفته، بمعنى العمـد والخطاء كما قيل انّ الغالب على الناس عـدم المعرفه، وكـذلك الحال إذا ادّعى القتل خطأً ثمّ فسّـره بالعمـد، وإلاّ فلا تسـمع الـدعوى الأولى ولا الثانيه، لأنّ كلّ منهما مكذّبه للأخرى كما تقـدّم، ولم يظهر وجه صـحيح للتفرقه بين هـذه المسأله والسابقه فى الصوره التى أشـرنا إليها فى السابقه من إمكان كون الدعوى الأولى ناشئه عن الاشتباه وإبدائه العذر المحتمل فى حقّه.

الإقرار

[٢] على المشهور بين المتأخرين، وقد اعتبر جماعه من المتقدّمين كالشيخ وابنى ادريس والبراج والطبرسى المرّتين، وكأنّ الوجه فى الاعتبار الاحتياط فى الـدماء وكون كلّ إقرار شـهاده واحده، وقد تقدّم فى بحث الحدود أنّه لا مورد للاحتياط إذا قام الدليل على النفوذ بـالمرّه الواحـده، وكون الإـقرار مرّه بمنزله شـهاده واحـده وارد فى ثبوت الزنـا ونحوه، فيؤخـذ فى المقام بما دلّ على نفوذه ولو كـان بمرّه واحـده، وقـد يقـال: إنّ دعوى القتـل ليس بـأدون من ثبوت السـرقه فـإنّه يعتبر فى ثبوت القتل بالإقرار كونه بمرّتين كالسرقه.

البينه

وفيه أنّه: إن قلنـا باعتبار التعـدّد فى ثبوت السـرقه فلا يتعـدّى إلى غيرها وإلاّ فيمكن أن يقال: إنّ القتل عمـداً ليس أدون من الزنا فيعتبر فى ثبوته كالزنا الإقرار بأربع مرّات.

وعلى الجمله، مقتضى الاطلاق نفوذ الاقرار بالقتل، ولو كان بمرّه واحده

ص: ١٧٢

....

الشَرح:

كقوله عليه السلام فى صحيحه الفضيل بعد بيان نفوذ الإقرار مرّه واحده فى الحدود التى من حقوق اللّه بمعنى أنّ الحاكم يجرى الحدّ على المقرّ بخلاف حقّ الناس، فإنّه لا يجرى عليه الحدّ بالإقرار إلاّ بعد مطالبه ذوى الحقّ: «وأمّا حقوق المسلمين، فإذا أقرّ على نفسه عند الإمام بفريه لم يحدّه حتّى يحضر صاحب الفريه أو وليّه وإذا أقرّ بقتل رجل لم يقتله حتّى يحضر أولياء المقتول فيطالبوا بدم صاحبهم»(۱). بل دعوى أنّ ظاهر الصحيحه نفوذ الإقرار بمرّه غايه الأمر ما كان من حقوق الناس يحتاج إلى مطالبه ذى الحقّ أو وليّه فى الاستيفاء بخلاف ما لم يكن فى حقوق الناس.

وربّما يستدلّ على ذلك أيضاً بصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل فحمل إلى الوالى وجاءه قوم فشهد عليه الشهود أنّه قتل عمداً فدفع الوالى القاتل إلى أولياء المقتول ليقاد به، فلم يريموا حتّى أتاهم رجل فأقرّ عند الوالى أنّه قتل صاحبهم عمداً وأنّ هذا الرجل الذى شهد عليه الشهود برىء من قتل صاحبه فلا تقتلوه به وخذونى بدمه، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم إلى الآخر» الحديث(۲).

فإنّها وارده فى بيان تعيين شهود القاتل فى شخص وإقرار الآخر بكونه القاتل، ولو كان إقراره بمرّه واحده.

ونظيرها مرسله على بن إبراهيم عن بعض أصحابنا رفعه إلى أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين برجل وجد فى خربه وبيده سكّين ملطّخ بالدم وإذا رجل مذبوح يتشحّط فى دمه فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ما تقول؟ قال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۴۴.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۵ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۰۸.

ويعتبر فى المقرّ: البلوغ وكمال العقل والاختيار والحرّيه[١].

الشَرح:

فأقيدوه به»(١). ورواها فى الوسائل عن الصدوق قدس سره بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين ولكّنها فى الفقيه روايه مرسله فراجع.

[١] اعتبار كون المقرّ بالغاً عاقلاً وكونه غير مكره ظاهر تقدّم الكلام فيه فى ثبوت موجب الحدّ ويقتضيه رفع القلم عن الصبى والمجنون والمكره عليه.

وأمّا اعتبار الحرّيه ففيه تفضيل وهو أنّه إذا اعترف العبد بشىء من مال أو جنايه فإن كان بتصديق مولاه نفذ فإنّ الحقّ لا يعدوهما وعدم سماع اعترافه لحقّ مولاه والمفروض أنّه معترف، وأمّا إذا لم يصدّقه مولاه فإن كان إقراره بمال فلا يبعد نفوذ إقراره به، فيؤخذ بالمال على تقدير عتقه، وإن كان جنايه موجبه للقصاص فإن أمكن القصاص بعد انعتاقه يقتصّ منه وإلاّ أخذ منه الديه.

لا يقال: يحتمل أن لا يكون لإقرار العبد أثر إلاّ إذا بقى على اعترافه بعد انعتاقه لا حتمال دخاله رقّيته فى إقدامه على اعترافه السابق ولو كان اعترافه السابق مقارناً لتصديق مولاه ينفذ اعتراف مولاه بالإضافه إليه لا إلى العبد، فيجوز لأولياء المقتول استرقاقه لا القصاص ولا يبعد أن يستظهر عدم السماع من صحيحه الفضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا أقرّ المملوك على نفسه بالسرقه لم يقطع وإن شهد عليه شاهدان قطع»(٢)، فإنّها مطلقه من حيث تصديق مولاه وعدم تصديقه.

نعم، يظهر من روايه الوابشى أنّ عدم سماع إقرار العبد لكونه إقراراً على مولاه وإذا اعترف مولاه بجنايه الموجبه للقصاص أو ضمان المال نفذ، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن قوم ادّعوا على عبد جنايه تحيط برقبته فأقرّ العبد بها قال: لايجوز

١- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ١: ١٠٧.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣۵ من أبواب حد السرقه، الحديث ١: ۵٣٢.

....

الشَرح:

إقرار العبد على سيده فإن أقاموا البيّنه على ما ادّعوا على العبد أخذ بها العبد أو يفتديه مولاه»(۱).

فإنّه يقال: لا وجه للاحتمال المزبور، فإنّ الظاهر من عدم سماع إقرار العبد بمناسبه الحكم والموضوع رعايه حقّ مولاه، فإذا اعترف مولاه به نفذ كما هو ظاهر روايه أبى محمد الوابشى، والعمده ما ذكرنا. والروايه وإن كانت كالصريحه فيه إلاّ أنّ لضعفها لا تصلح إلاّ للتأييد.

لا يقال: مقتضى صحيحه الفضيل الأخرى سماع إقرار العبد ولو كان مع إنكار سيّده فضلًا عن عدم تصديقه فإنّه قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: من أقرّ على نفسه عند الإمام بحقّ من حدود اللّه مرّه واحده حرّاً كان أو عبداً أو حرّه كانت أم أمه، فعلى الأمام أن يقيم الحدّ عليه للذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان، إلاّ الزانى المحصن فإنّه لا يرجمه حتّى يشهد عليه أربعه شهداء، فإذا شهدوا ضربه الحدّ مأه جلده ثمّ يرجمه»(۲).

فإنّه يقال: هذه الصحيحه معرض عنها فى كلا الحكمين فى نفوذ إقرار العبد والأمه وعدم سماع الإقرار الزانى المحصن وأنّ اللازم فى ثبوت الزنا من شهد أربعه شهود فلا تصلح لرفع اليد بها عمّا تقدّم.

والظاهر أنّ العبد إذا كان رهناً فلا يسمع إقراره بالجنايه على الغير سواء كان إقراره بما يوجب القصاص أو الديه، إلاّ إذا صدّقه المرتهن أيضاً ولايكفى تصديق مولاه، حيث إنّ جنايه العبد تكون فى رقبته، فيكون إقراره إقراراً على المرتهن. نعم لا بأس

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۲۱.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۴۲.

أمّا المحجور عليه لفلسٍ أو سفهٍ فيقبل إقراره بالعمد[۱] ويستوفى منه القصاص، وأمّا بالخطأ فتثبت ديته ولكن لا يشارك الغرماء، ولو أقرّ واحد بقتله عمداً وآخر بقتله خطأً تخيّر الولى تصديق أحدهما وليس له على الآخر سبيل[۲].

الشَرح:

بإقرار العبد إذا كان أجيراً خاصّاً فإنّ المستأجر لا يملك إلاّ العمل الذى يكون بذمه العبد فمع ثبوت جنايته بإقراره والاقتصاص منه تبطل إجارته.

[۱] وذلك فإنّ المحجور عليه لسفه أو فلس يكون حجره بالإضافه إلى أمواله والإقرار بالجنايه الموجبه للقصاص ليس تصرّفاً فيها، هذا بالإضافه إلى المحجور عليه لسفاهته، وأمّا إذا كان للفلس فيسمع إقراره بالجنايه خطأً أيضاً، وإذا صدّقه الغرماء يشاركهم مع تصديقهم. وأمّا مع عدم تصديقهم يثبت المال على ذمّته ولا يشاركهم أولياء المقتول فى أمواله لما ذكرنا من أنّ الحجر عليه بالأضافه إلى تلك الأموال بلا فرق بين أن يسند الموجب للديه إلى ما قبل الحجر عليه أم إلى ما بعده ولا يقاس بإقراره بالدين على الغير قبل الحجر عليه ولا بالبيّنه على الموجب السابق قبل الحجر عليه.

[۲] والوجه فى ذلك نفوذ إقرار كلّ منهما على نفسه، فللولىّ أن يأخذ أيّاً منهما على إقراره حيث إنّ إقراره كلّ منهما بالقتل بانفراده ولا يجوز له الأخذ بكليهما، فإنّه من الأخذ بما يعلم بعدم الحقّ كذلك، ويدلّ على ذلك روايه الحسن بن صالح قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وجد مقتولاً فجاء رجلان إلى وليّه فقال أحدهما: أنا قتلته عمداً، وقال الآخر: أنا قتلته خطأً، فقال: إن هو أخذ صاحب العمد فليس له على صاحب الخطأ سبيل، وإن أخذ بقول صاحب الخطأ فليس له على صاحب العمد سبيل»(۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳ من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث ۱: ۱۰۶.

ولو أقرّ بقتله عمداً فأقرّ آخر أنّه هو الذی قتله ورجع الأول، دریء عنهما القصاص والدیه[۱] وودی المقتول من بیت المال وهی قضیه الحسن علیه السلام .

الشَرح:

والروایه ضعیفه سنداً بحسن بن صالح الثوری فإنّه زیدی بتریّ متروک العمل بما یختصّ بروایته صالحه للتأیید.

ودعوی أنّ الراوی عنه الحسن بن محبوب وهو من أصحاب الإجماع أو انّ ابن الولید لم یستثن الحسن بن صالح من رجال نوادر الحکمه وعدم استثنائه دلیل علی وثاقته لا یمکن المساعده علیها، لأنّ دعوی کون الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع، ککون غیره منهم لا یکون توثیقاً للرواه فی السند من قبله، وحسن بن صالح الذی لم یستثنه القمّیون من رجال نوادر الحکمه غیر هذا الحسن فإنّ هذا من رجال الصادق والباقر علیهماالسلام ، وهو ممّن روی عنه فی نوادر الحکمه، یعنی الحسن بن صالح بن محمد الهمدانی واختلط أحدهما بالآخر فی کلام بعضهم، فراجع.

[۱] المشهور بین أصحابنا قدیماً وحدیثاً أنّه لو أقرّ شخص بقتل الآخر عمداً وأقرّ شخص آخر أنّه هو الذی قتله دون المقرّ أوّلاً، ورجع المقرّ الأول أیضاً عن إقراره سقط القصاص والدیه عن کلّ من المقرّین وودی المقتول من بیت المال.

ومقتضی ما تقدّم فی السابق علی ذلک أنّه لا اعتبار برجوع الأوّل عن إقراره وأنّ أولیاء الدم یتخیّرون فی القصاص من أیّ المقرّین مع احتمال صدور القتل من کلّ منهما أخذاً بأیّ من الاقرارین.

ولکن ذکروا أنّه یرفع الید عن ذلک بروایه علی بن إبراهیم عن أبیه عن بعض أصحابنا رفعه إلی أبی عبداللّه علیه السلام قال: «أتی أمیر المؤمنین علیه السلام برجل وجد فی خربه وبیده سکّین ملطّخ بالدم، وإذا برجل مذبوح یتشحطّ فی دمه، فقال له أمیر المؤمنین علیه السلام : ما تقول؟ قال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به فأقیدوه به، فلما ذهبوا به أقبل

وأمّـا البينه فلاـ يثبت ما يجب به القصاص إلاّ بشاهـدين ولا يثبت بشاهـد وأمرأتين[١]، وقيـل تثبت به الـديه وهو شاذ، ولا بشاهد ويمين، ويثبت بذلک ما يُوجب الديه كقتل الخطأ والهاشمه والمنقّله وكسر العظام والجائفه.

الشَرح:

رجـل مسـرع . . . إلى أن قـال: فقـال أنـا قتلته، فقـال أمير المؤمنين للأول: ما حملک على إقرارک على نفسک؟ فقال: وما كنت أسـتطيع أن أقول وقد شهد عليّ أمثال هؤلاء الرجال وأخذونی وبيدی سكّين ملطّخ بالدم، والرجل يتشحّط فی دمه وأنا قائم عليه خفت الضـرب فأقررت وأنا رجل كنت ذبحت بحنب هـذه الخربه شاه وأخـذنی البول فدخلت الخربه فرأيت الرجل متشـحّطاً فی دمه فقمت متعجّباً فـدخل عليّ هؤلاء فأخذونی، فقال أمير المؤمنين عليه السـلام : خذوا هذين فاذهبوا بهما إلى الحسن وقولوا له ما الحكم فيهما، قال: فذهبوا إلى الحسن وقصّوا عليه قصّتهما، فقال الحسن عليه السلام : قولوا لأمير المؤمنين عليه السلام ان كان هذا ذبح ذاک فقد احيى هذا وقد قال اللّه عز وجل: «ومن أحياها فكأنّما أحيا الناس جميعاً» يخلّا عنهما وتخرج ديه المذبوح من بيت المال»(١).

ولكن الروايه وارده فی مورد خاصّ وفی سـندها إرسال ورفع وعمل الأصحاب بها لا يدفع احتمال الحكم بصوره معلوميه صدق المقرّ الثانی كما يقتضـيه الجواب «إن كان هذا ذبح ذاک فقد أحيى هذا» فسرايه الحكم إلى صوره احتمال الاقرار من كلّ منهما غير ممكن لو لم يكن العمل بأصل الروايه مشكلاً.

هـذا مع رجوع الأوّل عن إقراره على مـا ذكروا، ومع معلوميه الكـذب فی إقراره على مـا ذكرنـا وإلاّـ يتخيّر أوليـاء المقتول كما يقتضيه ما تقدّم فی المسأله السابقه.

[١] قد ذكرنا فی بحث الشهادات أنّ الأخبار الوارده فی ثبوت القتل بشهاده

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ۴ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ١: ١٠٧.

....

الشَرح:

النساء على طوائف ثلاث:

منهما: ما يدلّ على قبول شهادتين فى القتل، كصحيحه جميل بن دراج ومحمد بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلنا: أتجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده انّ عليّاً عليه السلام كان يقول لا يبطل دم امرى ء مسلم»(۱).

ومنها: ما تدلّ على عدم ثبوت القتل بشهادتينّ كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل»(۲).

وطائفه ثالثه: تدلّ على عدم ثبوت القود بشهادتهنّ كمعتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليه السلام قال: «لاتجوز شهاده النساء فى الحدود ولا فى القود»(۳).

وقلنا بأنّ مقتضى الجمع بين الأخبار الالتزام بعدم ثبوت القصاص بشهاده النساء منفردات أو منضمّات كشهاده رجل وامرأتين، فيحمل الدالّه على عدم قبول شهادتهنّ على عدم ثبوت القصاص بشهادتهنّ وأنّه لو شهدن منفردات أو منضمّات بموجب القصاص يثبت الديه خاصه كما يقتضيه التعليل فى صحيحه جميل ومحمد بن حمران فإنّ مقتضى عدم ذهاب دم المسلم هدراً أنّه لم يثبت القصاص بل انتقل إلى الديه بل قلنا إنّه إذا شهدت امرأه واحده بالقتل ولو عمداً ثبت ربع الديه على المشهود عليه كما يدل على ذلك صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۸: ۲۶۴.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۹: ۲۵۴.

....

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فى غلام شهدت عليه امرأه أنّه دفع غلاماً فى بئر فقتله فأجاز شهاده المرأه بحساب شهاده المرأه»(۱).

ويدلّ على ذلك أيضاً روايه عبداللّه بن الحكم قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأه شهدت على رجل أنّه دفع صبيّاً فى بئر فمات قال: على الرجل ربع ديه الصبى بشهاده المرأه»(۲).

وقد ظهر مما ذكرنا أنّ ما ذكر الماتن قدس سره من نسبه القول الذى ذكره الشيخ وجماعه إلى الشذوذ وعدم الرضا به ضعيف.

لا يقال: على ذلك لو شهد رجل واحد على القتل عمداً يثبت به نصف الديه أخذاً بما دلّ على عدم ذهاب دم امرء مسلم هدراً، ولفحوى صحيحه محمد بن قيس.

فإنّه يقال: التعليل المزبور وارد فى قبول شهاده النساء فى القتل مع ورود أنّه لا يثبت القود بشهادتهنّ ولم يثبت قبول شهاده رجل واحد على القتل عمداً من غير ضمّ شهاده رجل آخر أو شهاده النساء ليحمل عليه ثبوت الديه وما ورد فى صحيحه محمد بن قيس مورده شهاده المرأه الواحده وقبول شهادتها فى ربع الديه حكم على خلاف القاعده لا يمكن التعدّى عن موردها وما هو المفروض فيها.

ثمّ انّه ذكر الماتن قدس سره أنّه يثبت بشهاده رجل وامرأتين وكذا بشهاده رجل ويمين المدّعى، ما يكون موضوعاً لثبوت الديه على الجانى أو عاقلته كالشهاده بالقتل خطأً أو بالجرح الذى لا يثبت فيه إلّا الديه، وكذا الشهاده بكسر العظام، وتدخل فيه الهاشمه

ص: ۱۸۰

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۶: ۲۶۳.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۳: ۲۶۵.

ولاـ تقبل الشـهاده إلاّ صافيه عن الاحتمال[۱] كقوله: ضـربه بالسـيف فمـات، أو فقتله أو فـأنهر دمه فمـات فى حـاله، أو فلم يزل مريضاً منها حتى مات وإن طالت المده، ولو أنكر المدّعى عليه ما شهدت به البيّنه لم يلتفت إلى الشَرح:

والمنقّله أيضاً. ويعلّل ذلك كما فى الجواهر(۱) وغيره بأنّه يثبت بكلّ منهما المال الذى منه الديه.

أقول: قد ذكرنا فى بحث القضاء والشهادات أنّه يثبت بشهاده رجل ويمين المدّعى الدّين، وهو المال الثابت على الذمه وغيره من المعين وسـاير حقوق الناس والقصاص أيضاً من حقوق الناس إلاّ أنّه ذكرنا فى ذلك البحث أنّه يرفع اليـد عن الاطلاق فى مورد قيـام الـدليل على خلافه، وهو كـذلك بالإضافه إلى القصاص مطلقاً لو لم نقل بقيام الـدليل عل خلافه فى دعوى القتل ولو كان القتل خطأً على ما يأتى.

[۱] وقـد يقال: يعتبر فى الشـهاده على القتل أن يكون كلام الشاهد صـريحاً فى اسـتناد القتل إلى الجانى، كقوله: ضـربه بالسـيف فمات بالضربه، أو أنهر دمه فمات فى الحال، أو ضربه بالسيف فلم يزل مريضاً حتّى مات من ذلك.

ولكن لاـ يخفى أنّه إذا كـان لكلاـم الشاهـد ظهور فى إسـناد القتـل إلى الجانى يكفى ذلك الظهور فى سـماع الشـهاده، لاعتبار الظواهر، ولـذا لو اعترف الجـانى بالقتـل بمثل ذلك الكلام يؤخـذ بإقراره كما لو قال ضـربته فمات، وإذا كان ذلك إقراراًبالقتل يكون الأمر فى الشاهد أيضاً كذلك.

۱- (۱) جواهر الكلام: ۴۲/۲۰۹.

إنكاره[١]، وإن صدّقها وادّعى الموت بغير الجنايه كان القول قوله مع يمينه.

وكذا الحكم فى الجراح، فإنّه لو قال الشاهد: ضربه فأوضحه، قُبل[٢]، الشَرح:

[١] إذا شهدت البيّنه أنّ فلاناً قتل زيداً وأنكر المشهود عليه أنّه قتله لم يلتفت إلى إنكاره، فإنّ البيّنه حجّه على المدّعى عليه منكراً كان أم لا.

وإذ شهدت بالفعل القاتل عادةً دون القتل وصدّقه المدّعى عليه ولكن ادّعى أنّه لم يقتل والقتل وقع بغير ذلك الفعل، كان القول قوله إذا احتمل صدقه، ولا يبعد أن يكون الشهاده على الفعل غير القاتل أيضاً كذلك حتّى إذا لم يعترف المشهود عليه بقتله فإنّ المفروض انّ الشهاده لم تقع على القتل وإنّما وقعت على الفعل، وقد تقدّم أنّه يعتبر فى سماع الشهاده من الشاهد إسناد القتل إلى المشهود عليه، ويمكن دعوى أنّ المورد مع البيّنه المزبوره يكون من موارد اللوث فيترتّب عليه الحكم فى موارده.

[٢] وذكر الماتن قدس سره انّ السماع وعدمه فى الشهاده على الجروح أيضاً، كذلك فيثبت الجرح الموجب للقصاص إذا كانت الشهاده صافيه خاليه عن الاحتمال، فإن قال الشاهد: ضربه فأوضحه، يثبت الشهاده على الموضحه، وأمّا لو قال: اختصما ثمّ افترقا وهو مجروح أو ضربه فوجدناه مشجوجاً لم يقبل، لا حتمال أن يكون سبب الجرح والشجاج أمراً آخر. ومن هذا القبيل لو قال: ضربه فجرى دمه، حيث إنّ الشهاده خاليه عن إسناد سيلان الدم إلى الضارب بخلاف ما لو قال: ضربه فأجرى دمه، فإنّه تقبل وتثبت الداميه، ولو قال: أسال دمه فمات، تثبت الداميه ولا يثبت القتل.

أقول: قد تقدّم منه قدس سره أنّه إذا شهدت البيّنه على أنّه ضربه بالسيف فمات يثبت القتل، فالفرق بينه وبين الشهاده على أنّه أسال دمه فمات فيه تأمّل ظاهر.

ولو قال: اختصما ثمّ افترقا وهو مجروح او ضربه فوجدناه مشجوجاً، لم يُقبل، لاحتمال أن يكون من غيره، وكذا لو قال: فجرى دمه. وأمّا لو قال: فأجرى دمه قُبلت، ولو قال: أسال دمه فمات، قُبلت فى الداميه دون ما زاد، ولو قال: أوضحه فوجدنا فيه موضحتين سقط القصاص[۱]، لتعذّرالمسافات فى الاستيفاء ويرجع الشَرح:

وأمّا أصل الحكم، فقد ذكرنا المتّبع فى الشهاده ظهور الكلام ولا يعتبر الصراحه بالمعنى المتقدّم بلا فرق بين الشهاده بالقتل أو الشهاده بالجرح.

[۱] وهذا أيضاً متفرّع على اعتبار كون الشهاده صافيه فإنّه لو قال: ضربه فأوضحه ووجدنا فيه موضحتين لعدم تعيين الموضحه التى بفعل الشهود عليه سقط القصاص لأنّه يعتبر فى القصاص فى الجرح المماثله من حيث المساحه والمحلّ، ويتعذّر ذلک مع تعدّد الموضحتين، مع العلم أو الاحتمال بكون أحدهما بفعل المشهود عليه وينتقل الأمر إلى الديه، لعدم اختلاف الديه فى الموضحه واحتمال أن يكون القصاص بأقلّهما ضعيف، لأنّ الاستيفاء يعتبر فيه المماثله من حيث موضع الجنايه مع موضع القصاص.

وكذا فيما إذا شهدت البيّنه على الجنايه فى عضوه بأن قال: قطع يده فوجدناه مقطوع اليدين، فإنّه مع عدم اليقين لا يمكن القصاص المعتبر فيه المماثله، لمثل قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم».

وكلّ موضع امتنع فيه القصاص من الجانى ينتقل فيه الأمر إلى الديه.

وعلى الجمله، البيّنه لا تثبت القصاص إلاّ أن تشهد على عين الجنايه مع وجدان المتعدّد بأن يقول هذه الموضحه أو هذه الشجّه أو هذه اليد قطعها فلان، وهكذا.

إلى الـديه، وربّما خطر الاقتصاص بأقلّهما، وفيه ضـعف، لأنّه استيفاء فى محل لا يتحقق توجّه القصاص فيه. وكذا لو قال قطع يده ووجد مقطوع اليدين[١]. ولا يكفى قوله: فأوضـحه ولا شـجّه، حتّى يقول: هذه الموضحه أو هذه الشجّه، لاحتمال غيرها أكبر أو أصغر، ويشترط فيهما التوارد على الوصف الواحد.

الشَرح:

[١] ذكر قدس سره أنّه يعتبر فى سماع الشهاده أن لا تختلف فى شهادتهما فى وصف الجنايه، كأنّ شهد أحدهما بالقتل بالسيف، والآخر بالقتل بالسكّين، أو شـهد أحدهما بالقتل ليلاً والآخر بالقتل نهاراً، أو شـهد أحدهما أنّه قتله فى مكان كذا، وشـهد الآخر أنّه قتله فى مكـان آخر، فلاـ يثبت القتل بمثل هـذه الشـهاده، لأنّ المعتبر فى الشـهاده أن يكون المخبر به فى إخبار أحـدهما هى الواقعه المخبر بها فى شهاده الآخر ولم يتحقّق ذلك فى الفرض.

وهـل يكـون المـورد مع عـدم توارد الشاهـدين على وصف واحـد من موارد اللوث كمـا عن الشـيخ قـدس سـره فى المبسوط لا تّفاقهما على حصول القتل واتّفاقهما على صدور الجنايه من ا لمشهود عليه أم لا؟

الأظهر عدم ثبوت اللوث، لأنّ الشهاده من عدل واحد تعدّ لوثاً إذا لم تتعارض مع شهاده الآخر، نظير ما إذا شهد أحدهما بصدور القتل من المدّعى عليه والآخر بأنّه أقرّ بجنايته وأنّه قاتله، لأنّ هذا المفروض خال عن التكاذب بين الشهادتين.

أقول: قـد ذكرنا فى بحث الشـهادات أنّه إذا اتّفق الشاهدان فى الشـهاده والحضور فى واقعه واحده بأن قال أحدهما: أنا وصاحبى رأينـا أنّ فلانـاً قتـل المقتول فى مكان كـذا، وقال الآخر أيضاً هـذا الكلام، ولكن قال أحـدهما أنّه كان يوم الجمعه، وقال الآخر: أنت مشتبه كان يوم السبت، أو قال أحدهما: أنا وصاحبى كنّا حاضرين عند ما قتل هذا فلاناً،

فلو شهد أحدهما أنّه قتله غدوةً، والآخر عشيةً، أو بالسكّين، والآخر بالسيف، أو القتل فى مكان معيّن والآخر فى غيره، لم يقبل، وهل يكون ذلك لوثاً؟ قال فى المبسوط: نعم، وفيه إشكال، لتكاذبهما. أمّا لو شهد أحدهما بالإقرار والآخر بالمشاهده لم يثبت وكان لوثاً، لعدم التكاذب.

وهنا مسائل:

الاولى: لو شهد أحدهما بالإقرار بالقتل

الاولى: لو شهد أحدهما بالإقرار بالقتل مطلقاً، وشهد الأخر بالإقرار عمداً ثبت القتل[۱] وكلّف المدّعى عليه البيان، فإن أنكر القتل لم يقبل منه، لأنّه إكذاب

الشَرح:

وقال الآخر أيضاً كذلك، ولكن وصف أحدهما مكان القتل بأنّه كان القتل بأزاء بيت فلان، وقال الآخر: أنت مشتبه كان بأزاء بيت شخص آخر، ونحو ذلك مما يرجع إلى تخطئه كلّ منهما الآخر فى خصوصيات الواقعه ونسيانها مع اتفاقهما فى الشهاده بواقعه خارجيه واحده، فهذا المقدار يكفى فى الشهاده ولو لم يكن هذا كافياً فى الدم، فلا أقلّ من أنّه من موارد اللوث.

[۱] وذلك لأنّ شهاده الشاهدين ليست بنفس القتل بل على الإقرار بصدور القتل، فيمكن أن يقرّ عند أحدهما بالقتل من غير توصيف، وعند الآخر بالقتل عمداً أو سمع أحدهما التوصيف ولم يسمع الآخر.

وعليه فإن بيّن المدّعى عليه بعد تكليفه بالبيان أنّه كان عمداً وصدقّه الولى، أو قال: كان خطأً مع تصديق الولى فلا خفاء فى الحكم.

وأمّا إذا أنكر القتل، فلا يسمع منه الإنكار، لأنّه تكذيب للبيّنه، وإن نفى العمد، فإن ادّعى الولى خلافه فعليه الإثبات. وظاهر كلام الماتن وغيره أنّ شهاده الشاهد الواحد بإقرار الجانى بالقتل عمداً لا يوجب اللوث الموجب لثبوت القتل عمداً مع إنكار المشهود عليه العمد وإقراره بالخطأ فلا يثبت دعواه العمد بالقسامه، ولذا لو أقام

للبيّنه، وإن قال: عمـداً قُبل، وإن قال: خطأً وصـدّقه الولى فلا بحث وإلاّ فالقول قول الجانى مع يمينه، ولو شـهد أحدهما بمشاهده القتل عمداً والآخر بالقتل المطلق وأنكر القاتل العمد وادّعاه الولى كانت شهاده الواحد لوثاً ويثبت الولىّ دعواه بالقسامه إن شاء.

الشَرح:

المـدّعى فى الفرض البيّنه على عمده فهو، وإلاّ يحلف الجانى على عدم العمد ويثبت القتل خطأً، ولكن يتحمّلها الجانى لما تقدّم من أنّ إقرار الجانى بالقتـل خطأً لاـ يوجب الـديه على العاقله، بل تكون الـديه عليه كما أنّ ظاهره أنّه لو لم يحلف الجانى على عـدم القتـل عمـداً وردّ اليمين على الـولى بردّه أو بنكوله وحلف الولى على تعمّـده ثبت القصـاص، وهـذا بخلاـف مـا إذا شـهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل المطلق، وأنكر الجانى القتل عمداً وكان الولى مدّعياً التعمّد فإنّه تحسب شـهاده الواحد حيث لا ينكرها الآخر لوثاً، فعلى الولى المدّعى للتعمّد إثباته بالقسامه إن شاء.

أقول: قـد تقدّم أنّه لا تتحقّق البيّنه على أمر معيّن خارجى إلاّ بإخبار كلّ من الشاهدين بذلك الأمر بعينه، وإذا أخبر أحدهما بأمر معيّن والآخر بأمر معيّن آخر وكان الأمران مشتركان فى العنوان الموضوع لا يثبت ذلك الموضوع بالبيّنه.

وعليه، فإذا أخبر أحـد الشاهـدين أنّ فلاناً أقرّ عنـدى أنّه قتل زيـداً عمـداً وأخبر الآخر أنّه أقرّ عنـدى بقتل زيـد من غير توصـيف بالعمد، فلا يثبت شىء من الإقرارين بالبيّنه.

وإطلاـق كلاـم المـاتن كغيره من ثبوت القتل بـذلك، فإن أنكر قتله فلا يقبل، لأنّه تكـذيب بالبيّنه لا يمكن المساعـده عليه، فإنّ البيّنه لم تقم على القتل ولا إقرار معيّن.

نعم لو أخبر بإقرار معيّن واحد، وقال أحدهما أنّه وصف قتله زيداً بالعمد، وقال الآخر ما وصفه فيه بالعمد أو ما سمعت التوصيف بالعمد ثبت الإقرار بالقتل بالبيّنه.

ص :۱۸۶

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين فشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنّهما هما القاتلان على وجه لا يتحقّق معه التبرّع، أو إن تحقّق لا يقتضى إسقاط الشهاده، فإن صدّق الولى الأوّلين حكم له [١] وطرحت شهاده الآخرين، وإن صدّق الجميع أو صدّق الآخرين سقط الجميع.

الشَرح:

وأيضاً ما ذكروا من انحصار حصول اللوث على ما إذا أخبر أحدهما بالقتل عمداً والآخر بمطلق القتل ولا يحصل بإخبار أحدهما بإقراره بالقتل عمداً وإخبار الآخر بإقراره بمطلق القتل لا ـ يمكن المساعده عليه سواء قلنا بعدم ثبوت الاقرار بالقتل بالاخبار بالإقرارين من الشاهدين كما فى إخبار أحدهما بإقرار وإخبار الآخر بإقرار آخر، أو قلنا بالثبوت كما تقدّم فذلك المورد أيضاً من موارد اللوث، إلاّ أن يثبت تسالم على خلاف ذلك وانّ موارد الإخبار بالإقرار لا يدخل فى اللوث، سيأتى التكلّم فيه إن شاء اللّه تعالى.

[١] للمسأله فرضان:

الأوّل: أن يدّعى أولياء المقتول على اثنين أنّهما قتلا مورثّهم وأقاموا البيّنه على دعواهم، وبعد ما شهدت البيّنه على دعواهم أو قبل شهادتهما، شهد الاثنان على أنّ البيّنه هما اللذان قتلا مورثّهم، وفى مثل ذلك لا يسمع شهاده المدّعى عليهما، لأنّهما متّهمان بدعوى المدّعى بدفع الضرر عنهما، وتسمع البيّنه التى شهدت على الدعوى.

نعم، لو صدّقهما المدّعى بعد شهادتهما أو صدّق الجميع، تسقط الدعوى، لأنّ دعواه أوّلاً تكذيب لتصديقه وتصديقه تكذيب لدعواه.

والثانى: إذا شهدت البيّنه حسبةً على اثنين أنّهما قتلا فلاناً وقلنا بسماع الشهاده حسبةً فى المقام وشهد الاثنان على أنّ الشاهدين هما قتلاه.

فظاهر الماتن قدس سره انّ الحكم فى هذا الفرض أيضاً كما فى فرض سبق دعوى الولى.

الثالثه: لو شهدا لمن يرثانه

الثالثه: لو شـهدا لمن يرثانه[١] أنّ زيـداً جرحه بعـد الانـدمال قبلت ولا تقبل قبله، لتحقق التهمه على تردّد، ولو انـدمل بعد الاقامه فأعـادت الشـهاده قبلت، لانتفـاء التهمه، ولو شـهدا لمن يرثـانه وهو مريض قبلت، والفرق أنّ الـديه يسـتحقّانها ابتـداءاً وفى الثانيه يستحقّانها من ملك الميّت.

الشَرح:

وفيه تأمّل ظاهر، فإنّ مجرّد السبق فى الشـهاده لا يوجب التهمه فى البيّنه الأخيره، ولـذا يقال إنّه إن صـدّق الولى إحـدى البيّنتين تعلّق بالأخرى القصاص، وإلاّ يكون مخيراً فى القصاص من أىّ منهما.

ففيه أيضاً انّ الفرض غير منصوص وقياسه بالشهاده وبالإقرار من غير المشهود عليه ليس من مذهبنا، ولا يبعد أن ينتقل الأمر بأخذ الديه، لعدم إمكان القود من الجميع ولا من أىّ من البيّنتين، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] ذكر قدس سره أنّه إذا شـهد الشاهدان لمن يرثانه أنّ فلاناً جرحه بجراحه .كانت شـهادتهما بعد اندمال جرحه وعدم سـرايته إلى نفسه قبلت شـهادتهما بخلاف ما إذا كان قبل الاندمال مع احتمال السـرايه، فإنّه لا تقبل شهادتهما حيث تتحقّق فى شهادتهما التهمه. نعم إذا اندمل الجرح ولم يسر إلى النفس فأعاد الشهداه قبلت، لانتفاء التهمه.

ولا يبعـد أن يقال: إذا شـهدا لمن يرثانه قبل انـدمال الجرح تبقى شـهادتهما معلّقه على سـرايه الجرح وانـدماله، فإن انـدمل تقبل لإحراز عدم كون شـهادتهما لنفسـهما بخلاف ما إذا مات بالسـرايه، فإنّه يجب شـهادتهما من الدعوى على الجارح. وما فى كلام الماتن من التردّد فى عدم سماع شهادتهما قبل اندمال الجرح باطلاقه لا يمكن المساعده عليه.

وعلى الجمله، عـدم سـماع شـهادتهما قبـل ظهور الانـدمال الموجب لانتفـاء السـرايه لاحتمـال كون شـهادتهما من دعواهما على الجارح، ولا يقاس ذلك بما إذا شهدا لمن يرثانه بالمال على الغير أو عند الغير وكان المشهود له مريضاً مرض الموت، فإنّه

الرابعه: لو شهد شاهدان من العاقله

الرابعه: لو شهد شاهدان من العاقله بفسق شاهدی القتل[۱]، فإن کان القتل عمداً أو شبیهاً به أو کانا ممن لا یصل إلیهما العقل حکم بهما وطرحت شهاده القتل وإن کانا ممن یعقل عنه لا یقبل، لأنّهما یدفعان عنهما الغرم.

الشَرح:

تقبل شهادتهما، لعدم کون شهادتهما من دعواهما علی الغیر، حیث انّ المال ینتقل بشهادتهما إلی ملک المریض، حتی مع موته فیما بعد، ولذا یحکم بنفوذ تصرّفاته قبل موته، ویؤدّی منه دیونه وینفذ فیه وصایاه.

وأمّا الدیه فإنّه علی تقدیر السرایه للوارث ابتداءً ولا مجال لتوهّم دخولها فی ملک المیت بموته بدعوی أنّه یؤدّی منها أیضاً دیونه وینفذ وصیّته من الدیه أیضاً وعدم جواز تصرّفه فیها قبل موته بتملیکها للغیر مجاناً أو معاوضه أو مصالحه أو إسقاط إنّما هو لعدم صحّه التملیک قبل التملّک وعدم صحه الأسقاط قبل الثبوت.

والوجه فی عدم المجال أنّ ما ذکر من أداء دینه منها ونفوذ وصیّته منها حکم تعبّدی یثبت حتی مع ثبوت الدیه صلحاً علی القصاص من ولیّ الدم، وأیضاً لا دلیل علی ردّ الشهاده بمجرّد تحقّق عنوان التهمه حتّی یفرق بین الأمرین بما ذکر، بل الثابت ردّ الشهاده بأمور انتزع منها عنوان التهمه فی کلماتهم، ولیس احتمال وصول الدیه أو تعلّقها بالشاهد من تلک الأمور إذا کان المشهود به مجرّد الجرح قبل السرایه ولا یدخل الشاهدان وقت الشهاده فی عنوان المدّعی کما هو ظاهر.

[۱] ذکر قدس سره أنّه تقبل الشهاده من افراد العاقله بفسق الشاهدین علی القتل إذا کان المشهود به القتل عمداً أو شبه العمد، فإنّ شهادتهما تحسب جرحاً فی شاهدی القتل، فتطرح شهادتهما. بخلاف ما إذا کان المشهود به القتل خطأً محضاً، فإنّهما یدخلان فیمن یدفعان الغرم عن نفسهما بشهادتهما، فتحقّق التهمه الموجبه لردّ شهادتهما بفسق شهود القتل، وقد عمّم قدس سره سماع شهادتهما بفسق الشهود ما إذا کان المشهود به

الخامسه: لو شهد اثنان أنّه قتل

الخامسه: لو شـهد اثنان أنّه قتل، وآخران على غيره أنّه قتله، سقط القصاص ووجبت الديه عليهما نصفين[١]. ولو كان خطأً كانت الديه على عاقلتهما، ولعلّه احتياط فى عصـمه الدم لما عرض من الشـبهه بتصادم البيّنتين ويحتمل هذا وجهاً آخر وهو تخيّر الولى فى تصديق أيّهما شاء، كما لو أقرّ اثنان بقتله كلّ واحد منهما بقتله منفرداً والأوّل أولى.

الشَرح:

القتل خطأً محضاً، ولكن كانا ممن لا يصل إليهما العقل كما إذا كان فى عصـبه القاتل من هو أقرب إليه منهما، بأن كانا متقرّبين للقاتـل بأبيهمـا خاصه، وكان ما إذا كان المتقرّب بأبويه من أقرباء الأب للقاتل فقيراً بناءً على اعتبار الغنى فيمن يتحمّل الـديه من عصـبه الميت، ولكن فى تقديم المتقرّب بالأبوين على المتقرّب بالأب وكذا فى اعتبار الغنى فى من يتحمّلها تأمّل وإشـكال يأتى الكلام فى باب العاقله إن شاء اللّه تعالى.

[١] وكـأنّه لـدلاله البيّنتين على أنّ غير المشـهود عليهمـا غير قاتل ولتردّد القاتل بينهما وعـدم إمكان القصاص يكون ديه المقتول عليهما، هذا فيما إذا كان القتل عمداً. وأمّا إذا كان خطأً محضاً تكون الديه على عاقلتهما نصفين.

ولكن لاـ يخفى أنّ ثبوت الـدلاله على أنّ غيرهمـا غير قاتل على تقـدير كون المشـهود عليه فى كلّ من البيّنتين قاتلًا، وهـذا غير ثابت مع تعارضـهما كما أو ضـحنا ذلك فى بحث تعارض الخبرين، وعليه لا مقتضى للقصاص منهما، ولا لأخذ الديه منهما، ولا أخذها من عاقلتهما، إذا كان القتل خطأً.

ومـا ذكر الماتن قـدس سره من تخيير الولى فى تصـديق أيّهما شاء نظير ما أقرّ اثنان كلّ منها بقتله بانفراده، فإنّه قياس مع الفارق بين المسألتين على ما تقدّم.

والظاهر أنّ مع تعارض البيّنتين لا قصاص ولا ديه ولا اعتبار لتصديق وليّ الدم لما ذكرنا فى بحث القضاء أنّ على المدّعى إثبات دعواه بالبيّنه التى تحسب حجّه

السادسه: لو شهدا أنّه قتل زيداً عمداً

السادسه: لو شـهدا أنّه قتل زيداً عمداً فأقرّ آخر أنّه هو القاتل وبرّأ المشـهود عليه[۱]، فللولی قتل المشـهود علیه ویردّ المقر نصف دیته، وله قتـل المقرّ ولا ـ ردّ لإقراره بالا ـنفراد، وله قتلهمـا بعـد أن يردّ على المشـهود علیه نصف دیته دون المقرّ، ولو أراد الـدیه کانت علیهما نصـفین، وهذه روایه زراره عن أبی جعفر علیه السـلام وفی قتلهما اشـکال لانتفاء الشرکه. وکذا فی إلزامهما بالدیه نصفین. والقول بتخیر الولی فی احدهما: وجه قوی، غیر أن الروایه من المشاهیر.

الشَرح:

والبیّنه المعارضه بمثلها لا تکون حجّه.

[۱] فی المسأله صور:

الأ ـولی: أن یعلم أولیاء المقتول بکـذب المقرّ خاصه أو بکـذب البیّنه خاصه، وفی مثل ذلک لا یجوز لهم القصاص ممن یعلمون أنّه لیس بقاتل، وصحیحه زراره المشار إلیهما فی المتن منصرفه عن هذه الصوره.

الثـانیه: مـا إذا احتمـل اشتراک المشـهود علیه والمقرّ، وقول المقرّ بـأنّه قاتـل وإن کان نافـذاً فإنّه اعتراف علی نفسه، إلّا أن تبرئته المشهود علیه غیر معتبر فی نفی القصاص عن المشهود علیه، لأنّه لیس من الاعتراف علی نفسه.

وعلی ذلک، فإن کانت شهاده البیّنه بکون المشهود علیه قاتلًا للمقتول من غیر أن تنفی اشتراک الآخر، فمقتضی مدلولها وما هو معتبر من قول المقرّ کونهما مشترکین فی القتل.

وکذلک ما إذا شـهدت البیّنه بأنّ المشـهود علیه قاتل، ولیس غیره قاتلًا فإنّ شهادتهما بأنّ غیره لیس قاتلًا یسقط بإقرار المقرّ بأنّه قاتـل ویجری فی المقام حکم الاشتراک أیضاً بمعنی أنّه لو أخـذ أولیاء المیت القصاص من المشـهود علیه فقط یجب علی المقرّ ردّ نصف الدیه إلی أولیاء المشهود علیه، فإن قتلوا المقرّ فلا یردّ المشهود

....

الشَرح:

عليه نصف الديه أخذاً بالمقرّ على إقراره بأنّه هو القاتل دون المشـهود عليه وإن قتل أولياء المقتول كلًا من المشهود عليه والمقرّ يجب عليهم ردّ نصف الديه على أولياء المشهود عليه ولا يردون شيئاً على أولياء المقرّ أخذاً بإقراره.

وروى زراره فى صحيحه عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل فحمل إلى الوالى وجائه قوم فشهد عليه الشهود أنّه قتـل عمـداً، فـدفع الوالى القاتل إلى أولياء المقتول ليقاد به، فلم يريموا حتّى أتاهم رجل فأقرّ عنـد الوالى أنّه قتل صاحبهم عمـداً وأنّ هذا الرجل الذى شـهد عليه الشهود برى ء من قتل صاحبه فلا تقتلوه به، وخذونى بدمه، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : إن أراد أوليـاء المقتول أن يقتلوا الـذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولاـ سبيل لهم على الآخر، ثمّ لا سبيل لورثه الـذى أقرّ على نفسه على ورثه الـذى شـهد عليه، وإن أرادوا أن يقتلوا الـذى شـهد عليه فليقتلوا ولا سبيل لهم على الـذى أقرّ، ثمّ ليؤدّ الـديه الذى أقرّ على نفسه إلى أولياء الـذى شـهد عليه نصف الـديه قلت: أرأيت إن أرادوا أن يقتلوهما جمعياً، قال: ذاك لهم وعليهم أن يـدفعوا إلى أولياء الـذى شـهد عليه نصف الـديه خاصّاً دون صاحبه، ثمّ يقتلونهما، قلت: إن أرادوا أن يأخـذوا الـديه؟ قال فقال: الـديه بينهما نصـفان، لأنّ أحدهما أقرّ والأخر شهد عليه، قلت: كيف جعلت لأولياء الذى شهد عليه على الذى أقرّ نصف الديه، حيث قتل ولم تجعل لأولياء الذى أقرّ على أولياء الذى شـهد عليه ولم يقرّ؟ قال فقال: لأنّ الذى شـهد عليه ليس مثل الذى أقرّ، الذى شـهد عليه لـم يقرّ ولـم يـبرّأ صـاحبه، والآـخر أقرّ وبرّأ صـاحبه فلزم الـذى أقرّ وبرّأ صـاحبه مـا لـم يلزم الـذى شـهد عليـه ولـم يقرّ ولم يـبرّأ صاحبه»(١).

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ۵ من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث ١: ١٠٨.

....

الشَرح:

أقول: يمكن أن يقـال بـأنّ مقتضـى ذيل الروايه وإن يمكن جواز قتل المشـهود عليه قصاصاً مع قتل المقرّ حتّى فى الصوره الثالثه التى يعلم بعـدم اشتراک فى القتل بينهما، إلاّ أنّه لا يمكن الالتزام بـذلک، لعلم أولياء المقتول أنّ قتل واحـد منهما عـدوان وبغير نفس، فيكون مخالفاً للمنع الوارد فى الكتاب العزيز.

ولـذا يقال: أنّه يجوز لأولياء المقتول القصاص من المقرّ لنفوذه إقراره حتّى مع المعارضه للبيّنه ولا اعتبار للبيّنه مع الإقرار، ولا يردّ إلى أولياء المقرّ نصف الديه لا من قبل أولياء المقتول ولا من المشهود عليه، لعدم ثبوت كونه قاتلاً.

وعلى الجمله، الصحيحه محموله على صوره احتمال الشركه.

وربّما يخطر بالبال ظهور صـدر الصـحيحه فى صوره العلم بعدم الاشتراک حيث ذكر عليه السـلام فيه «إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الآخر».

فإنّ قوله عليه السـلام «ولا سبيل لهم على الآخر» لا يجتمع مع جوازه قتلهم المشـهود عليه، وكـذا فى قوله عليه السـلام «إن أرادوا أن يقتلوا الذى شهد عليه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الذى أقرّ».

وعلى ذلک، فلا بأس بالالتزام بالتخيير مع عدم احتمال الشركه أخذاً بالروايه.

ولكّنه توهّم ولاـ يمكن حمل الصـدر على صوره عـدم احتمال الاشتراک، لأنّه ذكر فى الصـدر ردّ المقرّ نصف الـديه على ورثه المشـهود عليه، ولابـدّ من حمـل الصـحيحه صـدراً وذيلاًـ على صوره احتمـال الاـشتراک، وفى غيرها يؤخـذ المقرّ بإقراره، لنفوذ الإقرار ولو مع المعارضه مع البيّنه، وتطرح البيّنه لسقوطها عن الاعتبار بالتعارض مع

السابعه: قال فی المبسوط: لو ادّعی قتل العمد

السابعه: قال فی المبسوط: لو ادّعی قتل العمد وأقام شاهداً وامرأتین ثمّ عفا، لم یصحّ، لأنّه عفا عمّا لم یثبت[۱]، وفیه إشکال، إذ العفو لا یتوقّف علی ثبوت الحقّ عند الحاکم.

وأمّا القسامه، فیستدعی البحث فیها مقاصد الأول فی اللوث[۲] ولا قسامه مع

الشَرح:

الإقرار، واللّه سبحانه هو العالم.

[۱] لا یخفی أنّه لا یصحّ العفو قبل تمام الموضوع لحقّ القصاص، وأمّا إسقاطه قبل إحراز وجوده الواقعی بأن یسقطه علی تقدیر تحقّقه واقعاً فلا إشکال فیه، لأنّه علی التقدیر حقّ قابل للإسقاط.

القسامه

اللوث

[۲] ذکر أصحابنا أنّه لا یثبت دعوی القتل بالقسامه إلاّ فی مورد اللوث وفی غیر مورده لا یثبت دعوی القتل عمداً أو خطأً بها، بل یکون علی المدّعی إثبات دعواه بالبیّنه ومع عدمها وعدم إقرار المدّعی علیه فللولیّ إحلاف المدّعی علیه علی نفی دعواه کما فی سایر الدعاوی، وإذا حلف المدّعی علیه سقطت الدعوی.

ومع نکوله إمّا یحکم الحاکم بثبوت الدعوی بمجرّد نکوله أو بردّ الیمین علی المدّعی لیحلف علی دعواه، وإذا حلف المنکر علی نفی دعواه لا یجب علیه التغلیظ فی حلفه علی النفی حتی مع مطالبته الحاکم، کما هو الحال فی سایر الدعاوی.

والمراد باللوث علی ما یظهر من کلماتهم أن یکون فی البین ما یوجب للحاکم الظن بصدق المدّعی فی دعواه غالباً کالشاهد الواحد أو کما وجد المدّعی علیه عند المقتول ومعه سلاح علیه الدم إلی غیر ذلک. فیقع الکلام فی اشتراط اعتبار القسامه باللوث وکون المراد باللوث ما ذکروه.

أمّا اشتراط اعتبارها به فهو أمر متسالم علیه کما ذکرنا. ولکن نوقش فی استفاده هذا الاشتراط من الأخبار، حیث انّ مقتضی الاطلاق فی بعض الأخبار أنّه إذا لم یکن

ارتفاع التهمه وللولى إحلاف المنكر يميناً واحده ولا يجب التغليظ ولو نكل فعلى ما مضى من القولين واللوث أماره يغلب معها الظن بصدق المدّعى كالشاهد ولو واحداً وكذا لو وجد متشحّطاً بدمه، وعنده ذو سلاح عليه الدم، او فى دار قوم، او فى محله منفرده عن البلد لا يدخلها غير أهلها او فى صف مقابل للخصم بعد المراماه.

الشَرح:

للمدّعى عليه بيّنه على نفى كونه قاتلاً، فللمدّعى إثبات دعواه، بالحلف، كموثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرى ء مسلم»(۱). فإنّ مقتضى إطلاقها أنّه تصل النوبه فى ثبوت دعوى القتل إلى الحلف إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على النفى كان فى المورد لوث أم لا؟

نعم، إذا كان للمدّعى بيّنه على ثبوت دعوى القتل لا تصل النوبه إلى ثبوتها بالقسامه، بل تثبت دعواه بالبيّنه، وهذا التقييد مستفاد من بعض الروايات الوارده فى المقام، كصحيحه مسعده بن زياد عن جعفر عليه السلام قال: «كان أبى رضى اللّه عنه إذا لم يقم القوم المدّعون البيّنه على قتل قتيلهم ولم يقسموا بأنّ المتّهمين قتلوه حلّف المتّهمين بالقتل خمسين يميناً باللّه ما قتلناه» الحديث (۲).

وما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن القسامه فقال: الحقوق كلّها البيّنه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه، إلاّ فى الدم خاصّه فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله بينهما هو بخيبر إذ فقدت الأنصار رجلاً منهم فوجدوه قتيلاً، فقالت الأنصار إنّ فلان اليهودى قتل صاحبنا، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله للطالبين: أقيموا

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۴: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۶: ۱۱۵.

....

الشَرح:

رجلين عدلين من غيركم اقيده (أقده) برمّته فإن لم تجدوا شاهدين فأقيموا قسامه خمسين رجلًا اقيده برمّته» الحديث(۱).

وفی الثانیه دلاله واضحه علی أنّ مع وجود البیّنه للمدعی حتّی فی مورد اللوث تثبت دعوی القتل بالبیّنه وأنّ الوصول إلی ثبوتها إلی القسامه إنّما هو مع عدم إقامتها. أضف إلی ذلک إطلاق ما دلّ علی اعتبار البیّنه.

وعلی الجمله، موثقه أبی بصیر تدلّ علی ثبوت دعوی القتل بالقسامه إذا لم یکن للمدّعی علیه بیّنه علی النفی، وأمّا ثبوت دعوی المدّعی بالبیّنه ولا تصل معها النوبه إلی القسامه فی ثبوتها فلا تنفیه إلاّ بالاطلاق اللازم رفع الید عنه، بما ورد فی مثل الصحیحتین من ثبوت دعوی القتل ببیّنه المدّعی، وکذا ثبوتها بالقسامه مع عدم إقامتها، کما أنّ موثقه أبی بصیر دالّه علی ثبوتها بها إذا لم یکن للمدّعی علیه بیّنه علی النفی.

ویبقی الکلام فی اطلاق الموثّقه وغیرها بالإضافه إلی عدم اعتبار اللوث، وقد ذکرنا أنّ اعتباره متسالم علیه بین أصحابنا بل عند مخالفینا أیضاً إلاّ الکوفی علی ما قیل.

وکیف کان، فیمکن استفاده ذلک من بعض الروایات، ویرفع الید بها عن إطلاق مثل موثّقه أبی بصیر، کمعتبره زراره عن أبی عبداللّه قال: «إنّما جعلت القسامه لیغلظ بها فی الرجل المعروف بالشرّ المتّهم فإن شهدوا علیه جازت شهادتهم»(۲).

وفی صحیحه عن أبی عبداللّه «إنّما جعلت القسامه احتیاطاً للناس لکیما إذا أراد

ص: ۱۹۶

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۳: ۱۱۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۷: ۱۱۶.

....

الشَرح:

الفاسق أن يقتل رجلًا أو يغتال رجلًا حيث لا يراه أحد خاف ذلك فامتنع من القتل(۱).

وصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه يقول: «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط يحتاط على الناس لكى إذا رأى الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(۲). فإنّه يستفاد منها كون المدّعى عليه شخصاً فاجراً تكون بينه وبين المقتول عداوه من مصاديق اللوث، وجعل القسامه احتياطاً على دماء الناس يقتضى اعتباره وإلاّ فيمكن لفاجر أن يقتل مورثّه ثمّ يقيم الدعوى عل أحد بأنّه قتل مورثّه ويحلف معه خمسون من الفجّار على دعواه فيذهب دم المدّعى عليه المؤمن هدراً.

وظهر مما ذكر أنّ ما ذكر الماتن مثالاً للّوث فى كلامه يختلف باختلاف الموارد، وأنّ المعيار فى اللوث أن يكون فى البين ما تحسب قرينه على صدق دعوى المدّعى وكون المدّعى عليه متّهماً بها وإلاّ فمجرّد كون المدّعى عليه فى صفّ مقابل للخصم بعد المراماه لا يكون لوثاً فى جميع موارد القتل ونحوه غيره.

وعلى الجمله، إذا ثبت فى مورد اللوث، فإن كان للمدّعى بينه على المدّعى عليه يحكم بثبوت الدعوى بها، وإذا لم يقم المدعّى البيّنه وأقام المدّعى عليه البيّنه على نفى الدعوى تسقط الدعوى، وإذا لم يقم المدعّى عليه أيضاً البيّنه تصل النوبه إلى ثبوت الدعوى بالقسامه وإن لم تقم المدّعى القسامه فلابدّ فى سقوط الدعوى من إقامه المدّعى عليه القسامه على نفى الدعوى، فإن أقام القسامه سقطت الدعوى وإلاّ ألزم بالدعوى.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۱۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۹: ۱۱۶.

ولو وجـد فی قریه مطروقه أو خله من خلال العرب أو فی محلّه منفرده مطروقه وإن انفردت فان کان هناک عداوه، فهو لوث[۱] وإلّا فلا لوث، لأنّ الاحتمال متحقّق هنا، ولو وجد بین قریتین فاللوث لأقربهما إلیه ومع التساوی فی القرب فهما فی اللوث سواء.

الشَرح:

[۱] لاـ یخفی أنّ القود یترتّب بالقسـامه عنـد اللوث فیمـا إذا ادّعی أولیاء المقتول علی شـخص معیّن أو أشـخاص کـذلک القتل عمـداً، وأمّا مع عـدم التعیین للمـدعّی علیهم فلا یؤخـذ إلّا الـدیه، وکـذا مع عـدم دعواهم فإنّه یحکم بضـمان أهلها الدیه إلّا إذا أقاموا بیّنه علی أنّهم ما قتلوه أو مع القسامه علی عدم قتلهم مع وجود اللوث کما هو الفرض.

ویکفی فی ثبوت الـدیه علی أهلها صـحیحه محمد بن قیس قال: «سـمعت أبا جعفر علیه السـلام یقول: قضـی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل قتل فی قریه أو قریباً من قریه أن یغرم أهل تلک القریه إن لم توجد بیّنه علی أهل تلک القریه أنّهم قتلوه»(۱).

وکذلک إذا وجد قتیلاً بین أحدهما أقرب إلی مکان القتیل وإلّا یتقسّط دیّته إلی أهل القریتین.

وفی موثّقه سماعه بن مهران عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن الرجل یوجد قتیلاً فی القریه أو بین قریتین قال: یقاس ما بینهما فأیّهما کانت أقرب ضمنت»(۲).

وأمّـا مـا ورد فی روایه محمـد بن قیس قـال: «سـمعت أبا جعفر علیه السـلام یقول: لو أنّ رجلاً قتل فی قریه أو قریباً من قریه ولم یوجد بیّنه علی أهل تلک القریه أنّه قتل عندهم فلیس علیهم شیء»(۳) فلضعفها بالإرسال لا یمکن الاعتماد علیها.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۸ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۵: ۱۱۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۴: ۱۱۲.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۲: ۱۱۲.

....

الشَرح:

وأمّا صحيحه محمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّه قال: «فی رجل کان جالساً مع قوم فمات وهو معهم أو رجل وجد فی قبیله وعلی باب دار قوم فادّعی علیهم قال: لیس علیهم شیء ولا یبطل دمه»(۱).

ففی التهذیب(۲) بعد نقله عن الحسین بن سعید عن فضاله بن أیوب عن أبان عن محمد بن مسلم قال: وعنه عن النضر بن سوید عن عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام نحوه قال: «ولا یبطل دمه ولکن یعقل».

وروی بإسناده عن حماد عن ابن المغیره عن ابن سنان مثله. ثمّ قال: ولا ینافٍ بین هذین الخبرین وبین الأخبار المتقدّمه الدالّه علی ضمان أهل القریه والقبیله الدیه إذا کانوا متّهمین بقتله وامتنعوا من القسامه، فأمّا إذا لم یکونا متّهمین بقتله أو أجابوا إلی القسامه فلا دیه علیهم ویؤدّی دیه القتیل من بیت المال.

أقول: یمکن أن یقال أنّه لم یفرض فی صحیحه محمد بن مسلم اللوث أو یقیّد إطلاقها بما إذا حلفوا أنّهم ما قتلوه، وفی هذا الفرض یؤدّی الدیه من بیت المال کما هو کذلک فی جمیع موارد اللوث إذا حلف المدّعی علیهم بأنّهم ما قتلوه ولا یعرفون له قاتلاً، کما یستفاد ذلک من فعل النبی صلی الله علیه و آله فی قتیل خیبر علی ما ورد فی صحیحه برید بن معاویه المتقدّمه. وعلّق فیها ضمان المدّعی الدیه علی حلفهم علی عدم قتلهم وعدم علمهم بالقاتل.

وما فی صحیحه مسعده بن زیاد «حلّف المتّهمین بالقتل خمسین یمیناً باللّه ما

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۱: ۱۱۱.

۲- (۲) التهذیب: ج ۱۰، ص ۲۰۵، باب ۴، روایه ۱۴.

أمّا من وجد فی زحام علی قنطره أو بئر أو جسر أو مصنع فدیته علی بیت المال[۱]، وکذا لو وجد فی جامع عظیم أو شارع، وکذا لو وجد فی فلاه ولا یثبت

الشَرح:

قتلناه ولا علمنا له قاتلًا ثمّ یؤدّی الدیه إلی أولیاء القتیل»(۱) فالمراد أداء الدیه من بیت المال لا أداء المتّهمین مع حلفهم بأنّهم ما قتلوه ولا علموا قاتلًا، ولذا أتی قوله علیه السلام «ثمّ یؤدّی» بصیغه المفرد المجهول لا الجمع المعلوم کما یدلّ علی ذلک روایه علی بن الفضیل أیضاً عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا وجد مقتول فی قبیله قوم حلفوا جمیعاً ما قتلوه ولا یعلمون له قاتلًا فإن أبوا أن یحلفوا أغرموا الدیه فیما بینهم فی أموالهم سواء بین جمیع القبیله من الرجال المدرکین»(۲).

وما فی روایه أبی البختری عن جعفر بن محمد عن أبیه أنّه أتی علی علیه السلام بقتیل وجد بالکوفه مقطّعاً فقال: «صلّوا علیه ما قدرتم علیه منه ثمّ استحلفهم قسامه باللّه ما قتلناه ولا علمنا له قاتلًا وضمنهم الدیه»(۳) من استظهار ضمان الدیه علی المتّهمین بعد حلفهم بأنّهم ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا لا یمکن الالتزام به لضعفها سنداً ومنافاتها مع ما تقدّم.

أضف إلی ذلک احتمال أنّه لم یکن مورد اللوث ولو لعدم انحصار المتّهمین، ولذا لم یحلفهم بل ضمن علیه السلام لأهل القتیل الدیه.

[۱] وفی الصحیح عن عبداللّه بن سنان وعبداللّه بن بکیر جمیعاً عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل وجد مقتولاً لا یدری من قتله قال: إن کان عرف له أولیاء یطلبون دیّته اعطوا دیته من بیت مال المسلین ولا یبطل دم امرء مسلم لأنّ میراثه للإمام فکذلک تکون دیّته علی الإمام ویصلّون علیه ویدفنون،

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۶: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۵: ۱۱۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۸ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۸: ۱۱۳.

اللوث فی شهاده الصبی ولا الفاسق ولا الکافر، ولو کان مأموناً فی نحلته[۱]. نعم لو أخبر جماعه من الفسّاق أو النساء مع ارتفاع المواطاه أو مع ظنّ ارتفاعها کان لوثاً

الشَرح:

قال: وقضی فی رجل زحمه الناس یوم الجمعه فی زحام الناس فمات أنّ دیّته من بیت مال المسلمین»(۱).

وفی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «ازدحم الناس یوم الجمعه فی إمره علی علیه السلام بالکوفه فقتلوا رجلاً فودی دیته إلی أهله من بیت مال المسلمین»(۲).

وفی موثقه السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال أمیر المؤمنین علیه السلام لیس فی الهایشات عقل ولا قصاص والهایشات الفزعه تقع باللیل والنهار فیشجّ الرجل فیها أو یقع قتیل لا یدری من قتله وشجّه»(۳).

وفی صحیحه مسعده بن زیاده الوارده فی القسامه «ذلک إذا قتل فی حیّ واحد، فأمّا إذا قتل فی عسکر أو سوق مدینه فدیّته تدفع إلی أولیائه من بیت المال»(۴).

وفی معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام قال: «من مات فی زحام الناس یوم الجمعه أو یوم عرفه أو علی جسر لا یعلمون من قتله فدیّته من بیت المال»(۵).

[۱] کأنّ الوجه فی عدم ثبوت اللوث بذلک عدم اعتبار خبرهم، ولکن خبر الکافر الثقه معتبر وإن لم یثبت به القتل کما لا یثبت القتل بخبر العدل الواحد أیضاً مع

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۱: ۱۰۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۲: ۱۰۹.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۳: ۱۱۰.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۶: ۱۱۵.

۵- (۵) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۵: ۱۱۰.

ولو كان الجماعه كفّاراً أو صبياناً لم يثبت اللوث ما لم يبلغوا حدّ التواتر.

ويشترط فى اللوث خلوصه عن الشك[١] فلو وجد بالقرب من القتيل ذو سلاح متلطّخ بالدم مع سبع من شأنه قتل الانسان بطل اللوث، لتحقّق الشك، ولو قال الشاهد، قتله أحد هذين كان لوثاً[٢]، ولو قال: قتل أحد هذين لم يكن لوثاً الشَرح:

أنّه ذكر بأنّ خبر العدل يوجب اللوث وكذا الحال فى خبر المرأه الواحده لا يكون لوثاً، ولكن إذا أخبر جماعه من النساء أو الفسّاق مع ارتفاع المواطاه أو ظنّ بارتفاعها كان لوثاً.

وأعجب من ذلك ما ذكره قدس سره : «ولو كان الجماعه صبياناً أو كفّاراً لم يثبت اللوث إلّا إذا بلغ حدّ التواتر»، مع أنّ بلوغه حدّ التواتر يثبت القتل لا اللوث إلّا أن يكون المراد صوره عدم تعيين القاتل من الجميع فإنّه يثبت اللوث. وقد ذكرنا فيما تقدّم ملاك اللوث. ولو شكّ فى مورد صدق اللوث وعدمه يؤخذ باطلاق ما دلّ على اعتبار القسامه على قرار ما تقدّم سابقاً.

[١] كأنّ مراده أن لا يكون فى مورد اللوث ما يمنع عن حصول التهمه أى الظنّ باستناد القتل إلى من يقتضيه اللوث كما إذا وجد فى القرب من القتيل ذو سلاح متلطّخ سلاحه بالدم ويوجد فى قربه أيضاً سبع من عادته قتل الأنسان، فإنّ الدعوى على ذى السلاح لا يكون من موارد اللوث لتثبت بالقسامه.

[٢] إذا شهد عدل بأنّ القتيل قتله أحد هذين وادّعى الولىّ تعيين القاتل فى المعيّن منهما: تثبت دعواه بالقسامه، لأنّ شهاده العدل المزبور يوجب اللوث.

وأمّا إذا شهد عدل واحد بأنّ فلاناً وهو شخص معيّن قد قتل أحد هذين المتقولين وادّعى ولىّ أحد المقتولين بأنّ الشخص المزبور، قاتل قتيله لا تثبت دعوى ولىّ المقتول بالقسامه، لأنّ تعيين الشاهد القاتل وترديده فى مقتوله لا يوجب اللوث

وفی الفرق تردّد.

ولا یشترط فی اللوث وجود أثر القتل علی الأشبه[۱] ولا فی القسامه حضور المدّعی علیه.

الشَرح:

فی دعوی ولیّ المقتولین. وذکر الماتن قدس سره فی الفرق تردّد.

ولکن لا یبعد الفرق فإنّ الصوره الأولی لا تقصر عن وجدان القتیل بین قوم یظنّ أنّ فیهم قاتله حیث لا یعتبر فی تحقّق اللوث تعیین القاتل بعینه. بخلاف الصوره الثانیه، فإنّ الشاهد فیها لم یعیّن القاتل لا فی شخص معیّن و لا بین جمع، بالإضافه إلی القتیل الذی ادّعی ولیّه علی الشخص المعیّن.

وما عن المسالک من المناقشه فی الصوره الأولی فی کونها مورد اللوث والتزم بأنّ الثانیه مورد اللوث حیث عیّن الشاهد فیها القاتل فی شخص معیّن فیکون دعوی الولیّ موافقاً لتعیین الشاهد بخلاف الصوره الأولی، ضعیف، فإنّه لم یعیّن الشاهد قاتل خصوص القتیل الذی یدّعی ولیّه کما هو ظاهر.

[۱] یمکن أن یراد بأثر القتل الجراحه کما یظهر من بعض الکلمات، فإن کان المراد ذلک فلا یشترط وجوده فی اللوث حیث یمکن القتل بغیرها فلا یلتفت إلی ما حکی عن أبی حنیفه من قوله إن لم یکن جراحه ولا دم فلا قسامه وإن کان جراحه تثبت وإن لم یکن دم وإن کان دم فإن خرج من أذنه تثبت لا أن خرج من أنفه.

وإن کان المراد أن یکون فی البین أثر أنّه مات بالقتل لا من حتف أنفه فلا اعتبار به حیث أنّه یکفی فی ثبوت اللوث أماره علی القتل ولا یلزم کونها أثراً للقتل.

ودعوی أنّ المفروض فی الرایات کون الشخص قتیلاً لا یمکن المساعده علیها مع وجود الاطلاق فی بعضها وجریان التعلیل الوارد فی اعتبار القسامه فی موارد أماره

مسألتان:

الأولى: لو وجد قتيلاً فى دار فيها عبده

الأولى: لو وجد قتيلاً فى دار فيها عبده[١] كان لوثاً وللورثه القسامه لفائده التسلط بالقتل ولافتكاكه بالجنايه لو كان هناك رهن.

الثانيه: لو ادّعى الولىّ أنّ واحداً من أهل الدار قتله[٢] جاز إثبات دعواه بالقسامه، فلو أنكر كونه فيها وقت القتل كان القول قوله مع يمينه ولم يثبت اللوث، لأنّ اللوث يتطرق إلى من كان موجوداً فى تلك الدار ولا يثبت ذلك إلّا بإقراره أو البيّنه.

الشَرح:

القتل وإن لم يكن فى البين أثر القتل، كما إذا وجد ميتا على ساحل الشط ولم يعلم أنّه غرق فيه ثمّ القى فى الساحل أو أنّه أغرق فى شط ثمّ أخرج إلى الساحل.

وكذا لاـ يعتبر فى ثبوت القتل بالقسامه فى مورد اللوث حضور المدّعى عليه ولكن إذا حضر المدّعى عليه كان له حجّته كما ذكرنا فى القضاء على الغائب.

الثانيه: لو ادّعى الولىّ أنّ واحداً من أهل الدار قتله

[١] يعنى إذا قتل شخص فى دار وكان فى تلك الدار عبده وادّعى ورثته أنّ قاتله عبده فيمكن للورثه إثبات القتل على العبد بالقسامه إذا كان فى البين لوث وفائده القسامه إذا كانت الدعوى القتل عمداً قتل العبد قصاصاً أو لافتكاكه عن الرهانه حتى فيما لو كانت الدعوى القتل خطأً بناءً على شمول ما دلّ على الافتكاك صوره قتل العبد مولاه، وفيه تأمّل، فإنّ الافتكاك مدلول التزامى لا سترقاقه الذى لا يحصل فى الفرض بل يحصل ما إذا قتل العبد غير مولاه، واللّه العالم.

[٢ [فإن قتل شخص فى داره اماره على كون قاتله من أهل تلك الدار وعلى ذلك فإن ادّعى المدّعى عليه أنّه لم يكن وقت القتل فى الدار لم يثبت كون الدعوى عليه مورد اللوث وأمّا إذا ثبت بإقراره أو قيام البيّنه على كونه فيها فى ذلك الوقت ثبت اللوث.

کمیه القسامه

الثانی: فی کمّیّتها وهی فی العمد خمسون یمیناً[۱] فإن کان له قوم حلف کلّ واحد یمیناً إن کانوا عدوا القسامه، وإن نقصوا عنه کرّرت علیهم الایمان حتی یکملوا القسامه، وفی الخطأ المحض والشبیه بالعمد خمس وعشرون یمیناً، ومن الأصحاب من سوّی بینهما وهو أوثق فی الحکم والتفصیل أظهر فی المذهب.

الشَرح:

[۱] لا خلاف فی أنّ القسامه مع دعوی القتل عمداً خمسون یمیناً، والمشهور أنّها فی قتل الخطأ خمسه وعشرون یمیناً، وعن بعض الأصحاب کالمفید والدیلمی وابن ادریس عدم الفرق بین دعوی العمد وبین دعوی الخطأ وشبیه العمد، واختاره جماعه.

ویدلّ علی التفصیل صحیحه عبداللّه بن سنان، قال: «قال أبو عبداللّه علیه السلام فی القسامه خمسون رجلًا وجعل فی النفس علی الخطأ خمسه وعشرین رجلًا»(۱).

وفی صحیحه ابن فضال ومحمد بن عیسی عن یونس جمعیاً عن الرضا علیه السلام «والقسامه جعل فی النفس علی العمد خمسین رجلًا وجعل فی النفس علی الخطأ خمسه وعشرین رجلًا»(۲).

وظاهرهما التفصیل بین دعوی القتل عمداً وخطأ ولیس فی البین ما ینافی هذا التفصیل حتی الاطلاق فإنّ ما ورد فی قضیه دعوی الأنصاری علی الیهودی کان دعوی العمد، فطلب رسول اللّه صلی الله علیه و آله خمسین یمیناً فلا یدلّ علی کون القسامه خمسین یمیناً حتّی فی دعوی الخطأ.

وإطلاق الصحیحتین یدفع أیضاً ما حکی عن ابن حمزه من أنّه یکفی فی القسامه دعوی العمد خمسه وعشرون إذا کان فی البین شهاده عدل واحد علی الدعوی، وکانّ

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۱: ۱۱۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۲: ۱۲۰.

ولو كان المدعون جماعه قسمت عليهم الخمسون بالسويه فى العمد والخمس والعشرون فى الخطأ[١].

الشَرح:

حكمه بـذلك مبنىّ على أنّ القسامه أى الخمسون بمنزله شاهـدين عـدلين، وإذا كان فى البين شـهاده عدل واحد يكفى نصـف القسامه، وهو كماترى لا يخرج عن التخمين.

وعلى الجمله، فى القتل خطأً بخمسه وعشـرين وما ذكر الماتن من أنّ التساوى أوثق فى الحكم يتمّ فيما إذا كان الزايد مع البذل، وأمّا مع الامتناع لا يكون فى البين احتياط.

[١] ثمّ انّه إذا كان للمدعّى قوم عالمون بصحه دعواه حلف كلّ واحد منهم يميناً إن كانوا بعدد القسامه، ويحسب المدعّى منهم فى انضمام حلفه إلى حلفهم، والمراد بقومه أقربائه سواء كانوا كلّهم أو بعضهم من الوارثين للقصاص أو الديه أم لا.

نعم إذا كان فى غير الوارث عـدلان يشـهدان يكون شـهادتهما بيّنه ولا تصل النوبه إلى القسامه، كما أنّه إذا كان خبر قومه مفيداً للعلم فلا حاجه إلى القسامه وكذا الحال فى القسامه على القتل خطأً.

وذكر الأصـحاب أنّ المـدّعى وقومه الباذلين لليمين إذا كانوا أقلّ من عدد القسامه كرّرت عليهم اليمين حتّى يكملوا القسامه أى خمسون يميناً فى العمـد وخمسه وعشـرين فى دعوى الخطأ حتى قالوا إنّه لو لم يكن للمدّعى قوم باذلون يحلف هو خمسـين فى العمد وخمسه وعشرين فى الخطأ.

وقـد ناقش فى ذلك بعض الأصـحاب بأنّ التكرير على المدّعى وقومه إذا لم يبلغوا عدد القسامه فضـلاً عن التكرير على المدّعى إذا لم يكن له قوم باذلون لا يسـتفاد من شـىء من الروايات بل مقتضى صحيحه بريد بن معاويه عن أبى عبداللّه عليه السلام عدم الثبوت بالتكرير، حيث ورد فيها: «فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله للطالبين . . . فإن لم تجدوا

....

الشَرح:

شاهدين فأقيموا قسامه خمسين رجلاً أقيده برمته»(۱).

وكـذا ورد في صحيحه زراره عن أبي عبـداللّه «فقال لهم رسول اللّه صلى الله عليه و آله فليقسم خمسون رجلاً منكم على رجل ندفعه إليكم»(۲).

والحاصل انّ ظاهرهما عـدم تحقّق القسامه إلاّ بحلف خمسـين رجلاً، ولكن مع ذلك لا يبعـد الالتزام بالتكرير إذا كان المـدعون للقتل أقلّ من عدد القسامه، لكون الحكم بالتكرير متسالم عليه، وأنّه لو لم يجز التكرير لكان اعتبار القسامه مع ما ورد فيه من أنّ اعتبارها للتحفظ على الدم واغتيال العدو على مقالته أمر نادر.

ودعوى أنّ الظـاهر عـدم المنـاقشه في التكرير فإنّه مقتضـى موثقه أبي بصـير عن أبي عبـداللّه عليه السـلام قال: «إنّ اللّه حكم في دمـائكم بغير مـا حكم في أموالكم، حكم في أمولكم أنّ البيّنه على المـدّعى واليمين على المـدّعى عليه، وحكم في دمـائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرء مسلم»(۳).

وظاهرها أنّه إذا لم يكن للمـدّعى عليه بيّنه على نفي دعوى القتل عليه يكون على المـدّعى اليمين، وما ورد في صـحيحه بريد بن معاويه المتقدّمه موردها قضـيه الأنصار، وكذا في صـحيحه زراره، وفي ذلك المورد كان الحلف من خمسـين رجلاً أمراً ممكناً، حيث ذكروا الرسول صلى الله عليه و آله «إنّا لنكره أن نقسم على ما لم نره» فلا تمنعان عن الأخذ بظاهر مثل موثقه أبي بصير.

والحكم بجواز الحلف من المدّعى في مورد اللوث إذا لم يكن في البين باذلون

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۳: ۱۱۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۳: ۱۱۷.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۴: ۱۱۵.

....

الشَرح:

لليمين لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الوارد في الموثقه وفي صدر صحيحه بريد كون الحلف بعنوان القسامه على المدّعى إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على نفي الدعوى، والحلف بعنوان القسامه هو حلف خمسين رجلًا كما في صحيحه عبداللّه بن سنان، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «في القسامه خمسون رجلاً ـ في العمد وفي الخطأ خمسه وعشرون رجلًا وعليهم أن يحلفوا باللّه»(۱).

نعم، ربّما يستدلّ على التكرير بما ورد في صحيحه ابن فضال ومحمد بن عيسى عن يونس جميعاً عن الرضا عليه السلام بعد بيان الديه وبيان القسامه في الجروح قال: «فإن لم يكن للمصاب من يحلف معهم ضوعفت عليه الإيمان»(۲).

ولكن ذكرنا أنّ موردها القسامه في الأعضاء وديّتها في التعدّى منها إلى ديه النفس في القتل خطأً فضلًا عن القصاص تأمّل.

ثمّ أنّه يبقى الكلام في أمرين:

أحدهما: اعتبار كون خمسين رجلًا من أقرباء المدّعى دون الأجانب.

والثاني: في لزوم التسويه في التكرير أو لزوم التكرير عليهم بحسب سهام الإرث إذا كانوا وارثين.

أمّا الأمر الأوّل: فهو ظاهر كلمات الأصحاب في المقام وما ورد في الروايات من كون القسامه خمسين رجلًا كما في صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه وغيرها، إلاّ ـ أنّ الوارد في صحيحه سليمان بن خالد أنّه سأل الإمام عليه السلام «فقلت فعلى من القسامه؟ قال

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۱۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۲: ۱۲۰.

....

الشَرح:

على أهل القتيل»(۱) وفى صحيحه زراره الوارده فى قضيه الأنصار «فليقسم خمسون رجلًا منكم»(۲).

ولكن مع ذلك فاستفاده اعتبار الأقرباء للمدّعى فى القسامه لا يخلو عن الإشكال، حيث يحتمل أن يكون المراد بكون القسامه على أهل القتيل، الاتيان بالقسامه عليهم لدعواهم، والتقييد فى خمسين رجلًا بكلمه «منكم» فى صحيحه زراره لكون الأنصار كانوا مدّعين فكان عليهم الإتيان بالقسامه بحلفهم، أى حلف خمسين رجلًا منهم.

وعلى الجمله، الأمر يدور بين اعتبار كون الحالفين بخمسين مدّعين أو حلف خمسين رجلاًـ ولو لم يكن بعضهم من أقرباء المدّعى، فاعتبار كونهم من أقرباء المدّعى لا يخلو عن التأمّل.

وأمّا الأمر الثانى، أى إذا لم يكن للمدّعى خمسين رجلاًـ يحلفون على دعواه بأن كان عددهم أقلّ، فهل تكرار اليمين عليهم بالسويه كما هو ظاهر عباره الماتن بلا فرق بين كونهم مدّعين وارثين بالسويه أو مع التفاوت فى السهام أو لم يكونوا وارثين، أو يكون الحلف موزّعاً على الوارثين على حسب اختلاف سهامهم؟

قد تقدّم انّ تكرير الإيمان عليهم غير مستفاد من الروايات، بل ظاهرها لزوم خمسين رجلًا فى القسامه، وقد رفعنا اليد عن ذلك بالتسالم على التكرير فيما إذا كان عدد القسامه أقلّ وبالقرينه التى أشرنا إليها ومقتضى ذلك الاقتصار بالقدر المتيقن، وهو ملاحظه التكرير بنحو يجزى مع اعتبار التفاضل وعدمه، كما إذا كان المدّعى ابناً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۷: ۱۱۹.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۳: ۱۱۷.

ولو كان المـدّعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردّد أظهره أنّ على كلّ واحد خمسـين يميناً[١] كما لو انفرد، لأنّ كلّ واحـد منهم يتوجّه عليه دعوى بـانفراده، وأمّا لو كان المـدّعى عليه واحـداً فأحضـر من قومه خمسـين يشـهدون ببرائته حلف كلّ واحـد منهم يميناً، ولو كانوا أقلّ من الخمسين كرّرت عليهم الأيمان حتّى يكملوا العدد.

ولو لم يكن للولى قسامه ولا حلف هو، كان له إحلاف المنكر خمسين يميناً إن لم يكن له قسامه من قومه، وإن كان له قوم كان كأحدهم، ولو امتنع عن القسامه، ولم يكن له من يقسم الزم الدعوى وقيل له ردّ اليمين على المدّعى.

الشَرح:

وبنتاً، فيحلف الابن أربعاً وثلاثين رعايه لكون سـهمه من المال ضعف سهم البنت، وتحلف البنت خمساً وعشرين رعايه لاحتمال التساوى فى التكرير.

أقول: لا يبعـد عدم ملاحظه التفاضل بناءً على عدم اعتبار كون الحالفين فى القسامه مدّعياً ولا وارثاً، فإنّه بناءً على ذلك لا دخل للوارث ولا للدعوى فى اعتبار القسامه.

[١] المشـهور بين الأصـحاب بل نفى عنه الخلاف انّ المدّعى عليه إذا كان واحداً حضـر من قومه خمسين رجلًا يحلف كلّ على برائته، وإن لم يكن له قوم ولو باذلين، حلف هو خمسين مرّه ببرائته ويسقط عنه الدعوى بخلاف ما إذا كان المدّعى عليهم أكثر، ففيه خلاف عنـدهم فهل على مجموع المـدّعى عليهم الحلف خمسـين مرّه ببرائتهم أو أن اللازم حلف كلّ منهم خمسـين ببرائته اختـار المـاتن قـدس سـره لزوم اليمين على كـلّ منهم بخمسـين مرّه كمـا لـو انفرد كـلّ منهم فى الـدعوى عليه ولم يكن له قـوم يحلفون فإنّ الدعوى فى القرض أيضاً متوجّه إلى كلّ منهم.

وعلى ذلك يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: إن كان للمدعّى عليه قوم باذلين، حلفوا على برائته عن دعوى القتل

....

الشَرح:

عليه، وإن كـان عـددهم أقلّ أو لم يكن له قوم باذلين أصـلًا كرّرت عليه عـدد القسامه، ولا يكتفى بحلفه خمسـين مرّه بنفسه إذا كان له قوم باذلين كما هو الحال فى قسامه المدّعى.

وقـد يقال: إنّ هذا لا يسـتفاد من شـىء من الروايات، فإنّ ما ورد فى روايه أبى بصـير من قوله «فإذا ادّعى الرجل على القوم أنّهم قتلوا كانت اليمين لمـدّعى الـدم قبل المدّعى عليه فعلى المدّعى أن يجىء بخمسـين يحلفون أنّ فلاناً قتل فلاناً فيدفع إليهم الذى حلف عليه، فـإن شاؤوا عفوا وإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا قبلوا الـديه وإن لم يقسـموا فإن على الـذين ادّعى عليهم أن يحلف منهم خمسون ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا، فإن فعلوا» الحديث (١).

فإنّ ظاهره كون الحلف على النفى، على الذين ادّعى عليهم لا أنّ المدّعى عليه يحضـر من قومه من يحلف معه بخمسـين. أضف إلى ذلك انّ فى سندها على بن أبى حمزه.

ولكن هـذه المنـاقشه مورد تأمّـل، فـإنّ القتل لا يصـدر عن خمسـين شـخص أو أزيـد حتّى يكون كلّهم المـدّعى عليه فى دعوى القتـل، فظاهرهـا دعوى على طـائفه أو عشـيره أنّ فلاناً منكم قـد قتل قتيلنا، وفى هـذا الفرض يكون حلفهم على النفى، من القوم المدّعى عليهم، ولا يحتمل الفرق بين ذلك وبين أن يدّعى على واحد من غيره وقوم إنّك قتلت قتيلنا واحضـر قومه للحلف على النفى. نعم سـندها ضـعيف كما ذكر بل ظاهر صحيحه مسعده بن زياد أنّ الحلف بخمسين يميناً على المتّهم نفسه حيث ورد فيها «إذا لم يقم القوم المدّعون البيّنه على قتل قتيلهم ولم يقسموا بأنّ المتّهمين قتلوه حلّف المتّهمين

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١٠ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ٥: ١١٨.

....

الشَرح:

بالقتل خمسين يميناً باللّه ما قتلناه ولا عملنا له قاتلًا ثمّ يؤدّى الـديه إلى أولياء القتيل» الحديث (۱). وظاهرها أنّ المباشر للحلف بخمسين يميناً هو المتّهم.

قد يستظهر من صحيحه بريد بن معاويه حيث ورد فيها «وإلّا حلف المدّعى عليه قسامه خمسين رجلًا ما قتلنا ولا علمنا قاتلًا وإلّا اغرموا الديه إذا وجدوا قتيلًا بين أظهرهم إذا لم يقسم المدّعون»(۲)، فإنّه لو كان المباشر بخمسين حلفاً نفس المدّعى عليه لكان حلفه بقسامه خمسين رجلاً ـ ما قتلت ولا علمت قاتلًا، ولكن لا يخفى أنّ المراد من المـدّعى عليه المتعـدّدون، فمع نكولهم عن قوله عليه السلام «وإلّا اغرموا الديه» وهذه قرينه على أنّ المراد من المدّعى عليه الجماعه المدّعى عليهم.

وعلى الجمله، إذا كانت الدعوى القتل عمداً على شخص فى مورد اللوث كما هو ظاهر الفرض فى مورد قضيه الخبر الوارده فى الصحيحه لكان نكول المـدّعى عليه موجباً لثبوت الدعوى فيترتّب عليه القصاص أو الديه، بخلاف ما إذا لم يكن المدّعى عليهم شخصاً معيّناً كما فى القتيل فى قوم وطائفه فإنّه فى الفرض إذا نكل المـدّعى عليهم والمتهمين عن الحلف تكون عليهم الـديه فقط بخلاف ما إذا حلفوا بقولهم ما قتلناه ولا علمنا قاتلًا فإنّه تسقط الديه عنهم.

وما ورد فى صحيحه مسعده بن زياد فى فرض حلفهم من قوله عليه السلام «ثمّ يؤدى الـديه إلى أولياء المقتول»(۳)، الأداء من بيت المال، ولذا لم يقل (ثمّ يؤدّون الديه) على ما تقدّم.

ص :۲۱۲

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۶: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۳: ۱۱۴.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۶: ۱۱۵.

وتثبت القسامه فى الأعضاء[۱] مع التهمه وكم قدرها؟ قيل: خمسون يميناً الشَرح:

وعلى الجمله، المستفاد من الروايات أنّه إذا لم يقم فى موارد اللوث المدّعى القسامه على دعواه بعد أن لم تكن له بيّنه عليها ولا المـدّعى عليه على نفيها، يحلف المدّعى عليه قسامه خمسـين رجلًا أى خمسـين يمينا على نفى الدعوى، وإن نكل لزمه الدعوى من غير حـاجه إلى ردّ اليمين إلى المـدّعى ولو مرّه، لأنّ الردّ لم يثبت فى مورد توجّه اليمين إلى المـدّعى أوّلاً، بل ظاهر ما ورد فى مثل صحيحه بريد بن معاويه المتقدّمه «وإلّا اغرموا بالديه» كون الموضوع فى ثبوت دعوى المدّعى نكول المدعى عليه.

وأمّا الجهه الثانيه فإن كانت الـدعوى بحيث يتوجه إلى كلّ من المتعـدّدين فعلى كلّ منهم قسامه خمسـين رجلًا فإنّه يسـتفاد من الروايات انّ المسـقط لـدعوى القتل فى مورد اللوث عن المـدّعى عليه قسامه خمسـين رجلًا، وأمّا إذا لم يتوجّه الدعوى إلى كلّ منهم بأن ادّعى المدعون أنّ قتيلهم قتل بيد أهل البيت أو القريه ونحوها فلا يبعد كفايه خمسين يميناً من مجموعهم، بناءً على أنّ هـذا النحو من الـدعوى مسـموعه فى موارد اللوث كمـا هو غير بعيـد بملاحظه بعض روايـات البـاب حتّى يكون عليهم الحلف كذلك بمجرّد وجدان القتيل فيهم.

[۱] لا خلاف بين أصـحابنا فى ثبوت الدعوى على الجنايه فى الأعضاء والجروح بالقسامه والمشهور بينهم اعتبار اللوث فى ثبوتها بهـا كما فى اعتباره فى ثبوت دعوى القتل والمحكى عن الشـيخ فى مبسوط عـدم اعتبار اللوث فى ثبوته الجنايه بها على الأعضاء والجروح كما هو المحكى عن أكثر العامه.

ولعلّ المنشأ فى عدم الاعتبار الأخذ باطلاق ما ورد فى صحيحه أبى بصير من

احتیاطاً إن کانت الجنایه تبلغ الدیه وإلّا فبنسبتها من خمسین یمیناً، وقال آخرون: ست أیمان فیما فیه دیه النفس وبحسابه من ستّ فیما فیه دون الدیه وهی روایه أصلها ظریف.

الشَرح:

قوله علیه السلام «حکم فی دمائکم أنّ البیّنه علی المدّعی علیه والیمین علی من ادّعی»(۱)، ورفع الید عن إطلاقه باعتبار اللوث فی کون الیمین علی من ادّعی بما تقدّم فی دعوی القتل وأمّا فی غیر دعواه یؤخذ بالاطلاق.

ولکن لا یخفی أنّ شمول الاطلاق لغیر دعوی القتل غیر ظاهر وإنّما التزمنا باعتبار القسامه فی دعوی الجنایه فی الأعضاء والجروح بصحیحه عبداللّه بن سنان(۲) ومعتبره زراره(۳) الواردین فی التعلیل علی اعتبار القسامه. وظاهرهما اعتبار اللوث فی دعوی القتل أو الجنایه علی الأطراف.

ثمّ یقع الکلام فی مقدار القسامه فی دعوی الجنایه علی الأطراف، فعن المفید وسلّار وابن ادریس أنّه خمسون یمیناً کالنفس إذا کانت الجنایه تبلغ دیتها دیه النفس کالأنف والذکر وإلّا فبمقدار نسبه دیتها إلی دیه النفس، وقد أطلق البعض ولم یفرّق بین دعوی الجنایه علی الأطراف عمداً أو خطأً وبعضهم فرّق بین العمد والخطأ وقال فی دعوی الخطأ بمقدار نسبه دیتها من دیه النفس خطأ.

ولکن المعروف عن الشیخ وأتباعه وبین المتأخرین أنّ القسامه فی دعوی الجنایه علی الأطراف ستّ أیمان فی الجنایه التی دیتها دیه النفس وفی مادونها بحساب دیته من دیه النفس، والمستند لذلک روایه ظریف وما رواه یونس بن عبد

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۴: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۹: ۱۱۶.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۷: ۱۱۶.

....

الشَرح:

الرحمن فی الصححیح عن الرضا علیه السلام حیث ورد فیها: «وعلی وما بلغت دیته من الجروح ألف دینار سته نفر وما کان دون ذلک فحسابه من سته نفر والقسامه فی النفس والسمع والبصر والعقل والصوت من الغنن والبحح ونقص الیدین والرجلین فهو ستّه أجزاء الرجل. تفسیر ذلک: إذا أصیب الرجل من هذه الأجزاء السّته وقیس ذلک فإن کان سدس بصره أو سمعه أو کلامه أو غیر ذلک حلف هو وحده» الحدیث(۱).

وذکر فی الجواهر(۲) أنّ تفسیر ذلک لیس من تتمّه الحدیث بل هو إضافه من کلام الکلینی قدس سره .

ولکن لا۔ یخفی ما فیه، فإنّ الشیخ قدس سره رواها من کتاب علی بن إبراهیم بتلک الاضافه، وعلی کلّ، ففی ما ورد فیه قبل التفسیر المزبور کفایه فی الدلاله علی ما ذکر کما ذلک فی الجواهر أیضاً.

ثمّ انّه قد ذکر بعض الأصحاب (قدس سرهم) انّ القسامه علی الجنایه فی الأعضاء والجروح وان تثبت وقوعها إلاّ أنّه لا یترتّب علی ثبوتها القصاص فإنّه لیس فی البین علی ترتّب القصاص بثبوت الجنایه بها.

وصحیحه یونس لا یستفاد منها أزید من ثبوت الدیه بها.

ولکن لا۔ یخفی انّ اختصاص القسامه بثبوت القتل عمداً فی ترتّب القود غیر ظاهر بل مقتضی صحیحه عبداللّه بن سنان (۳) الوارده فی تشریع القسامه ثبوت القود فی الأعضاء والجروح أیضاً. قال: «سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: إنّما وضعت القسامه

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۲: ۱۲۰.

۲- (۲) جواهر الکلام: ۴۲/۲۵۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۹: ۱۱۶.

ويشترط فى القسامه علم المقسم[۱].

ولا يكفى الظنّ وفى قبول قسامه الكافر على المسلم تردّد أظهره المنع[۲].

الشَرح:

لعلّه الحوط يحتاط على الناس لكى إذا رأى الفاجر عدوه فرّ منه مخالفه القصاص(۱).

غايه الأمر يمكن أن يقال: بأنّ القسامه فى الجروح والأعضاء فى غير مورد ثبوت الديه هى حلف خمسين رجلًا أو خمسون حلفاً كالقسامه فى القتل أخذاً بما ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان الأخرى قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام «فى القسامه خمسون رجلًا فى العمد، وفى الخطأ خمسه وعشرون رجلًا، وعليهم أن يحلفوا باللّه»(۲) واللّه العالم.

[۱] تمتاز الشهاده عن اليمين بأنّه يعتبر فى الشهاده بواقعه حضورها والحسّ بها فلا يكفى مطلق اليقين والعلم بها ولو بالحدس بخلاف الحلف فإنّه يعتبر فيه العلم بما يحلف عليه والتعبير عن القسامه بالشهاده فى بعض الروايات كمعتبره زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّما جعلت القسامه ليغلظ بها فى الرجل المعروف بالشرّ المتّهم فإن شهدوا عليه جازت شهادتهم»(۳) بنوع من العنايه وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل إلّا على علمه»(۴)، ونحوها غيرها، وبهذا يظهر أنّه لا يجوز الحلف على الظن.

[۲] كما عليه جماعه من الأصحاب قديماً وحديثاً وذلك فإنّ مقتضى ما ورد فى الدعوى أنّ البيّنه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه وإنّما خرجنا عن الاطلاق فى دعوى المسلم فى القتل والجرح بما ورد فى أنّ الحكم فى الدماء أنّ اليمين على

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۹: ۱۱۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۱: ۱۱۹.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ۷: ۱۱۶.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۲۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۳: ۱۸۰.

....

الشَرح:

المدّعی فی دعوی الدم لئلا یبطل دم امرء مسلم، کما ورد ذلک فی موثقه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام (۱).

وورد فی صحیحه برید بن معاویه إنّما حقن دماء المسلمین بالقسامه(۲).

وفی صحیحه عبداللّه بن سنان «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط یحتاط علی الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(۳).

فإنّ ظاهرها حصر وضع القسامه لإثبات السبیل إلی القصاص، فکلّ مورد لا قصاص فیه کما فی قتل المسلم الکافر حیث لا یثبت لولیّه الکافر القصاص من المسلم فلا مورد للقسامه. نعم یرفع الید عن الاطلاق ما لو ثبت فی مورد اعتبار القسامه مع عدم ثبوت القصاص فی ذلک المورد، کما فی دعوی القتل الخطأی علی المسلم فیؤخذ بمقتضی الدلیل الخاص ویؤخذ فی غیره بالاطلاق.

أقول: الروایات الوارده فیها وجه تشریع القسامه ناظره إلی قسامه المدّعی، والوجه الوارد فیها من قبیل الحکمه، ولو کان الوجه من قبیل العلّه بحیث یدور ثبوت القسامه مدار وجود ذلک الوجه لما اعتبر القسامه فیما کان دعوی ولیّ القتیل الکافر علی کافر آخر، مع أنّ ظاهر الماتن وغیره اختصاص عدم القبول بقسامه الکافر علی مسلم، وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط یحتاط علی الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(۴)، لا یوجب دخول ما

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۴: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۳: ۱۱۴.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث ۹: ۱۱۶.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل ومایثبت به، الحدیث ۹: ۱۱۶.

....

الشَرح:

ذكرنا من الفرض فی اعتبار القسامه فیه، لأنّ مثل صحیحه برید الوارد فیها «إنّما حقن دماء المسلمین بالقسامه لکی إذا رأی الفاجر الفاسق فرصه من عدوّه حجره مخالفه القسامه أن یقتل به فکفّ عن قتله»(۱) أخصّ، بالإضافه إلی صحیحه عبداللّه بن سنان حیث إنّ مفاد الاولی أنّ ثبوت القصاص فی قتل المسلم بالقسامه هو الموجب لتشریعها.

والأظهر انّ الوارد فی هذه الرویات من قبیل الحکمه فلا یدور مورد مشروعیّه القسامه بما إذا لم یکن المقتول کافراً والمدّعی علیه مسلماً، ولا بمورد ثبوت القصاص خاصّه دون الدیه کما فی المثال المتقدّم.

نعم، دلالتها علی اعتبار اللوث فی مورد اعتبار القسامه وأنّها لا تعتبر مع عدم اللوث تامه. وقد ورد فی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ثمّ قال: «سألته عن القسامه کیف کانت فقال: هی حقّ وهی مکتوبه عندنا ولو لا ذلک لقتل الناس بعضهم بعضاً ثمّ لم یکن شیء وإنّما القسامه نجاه للناس»(۲).

وفی صحیحه زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام «إنّما جعلت القسامه احتیاطاً للناس لکیما إذا أراد الفاسق أن یقتل رجلًا أو یغتال رجلًا حیث لا یراه أحد خاف ذلک فامتنع من القتل»(۳)، حیث إنّ ثبوت الدیه فی ثبوت القتل عمداً بالقسامه أیضاً یمنع الفاجر عن القتل کما إذا أراد قتل طفل مسلم أو مجنون من المسلمین إلی غیر ذلک.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب دعوی القتل ومایثبت به، الحدیث ۳: ۱۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل ومایثبت به، الحدیث ۲: ۱۱۴.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوی القتل ومایثبت به، الحدیث ۱: ۱۱۴.

ولمولى العبد مع اللوث إثبات دعواه بالقسامه[۱] ولو كان المدّعى عليه حرّاً تمسّكاً بعموم الأحاديث.

ويقسم المكاتب فى عبده كالحرّ[۲].

ولو ارتدّ الولى منع القسامه[۳] ولو حالف وقعت موقعها، لأنّه لا يمنع الشَرح:

وأمّا ما ورد فى صحيحه زراره من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله للأنصار بعد إبائهم عن الحلف «فيقسم اليهود»(۱) فهى قسامه المدّعى عليهم إذا لم يقيمها المدّعون فلا يرتبط بمحلّ الكلام، واللّه العالم.

[۱] قد ظهر الوجه فى ذلك وأنّ القسامه تثبت مع اللوث، وحيث إنّ المولى ولى الدم لعبده يكون له إقامه القسامه حتّى فيما إذا كان المدّعى عليه حرّاً، لما تقدّم من عدم اختصاص القسامه بصوره كون المورد، مورد القصاص.

الثالث فى أحكامها:

لو ادّعى على اثنين وله على أحدهما لوث، حلف خمسين يميناً، ويثبت دعواه على ذى اللوث وكان على الأخر يمين واحده كالدعوى فى غير الدم، ثمّ إن أراد قتل ذى اللوث ردّ عليه نصف ديّته.

[۲] والوجه فى ذلك انّ المكاتب سواء كان مكاتباً مطلقاً أو مشروطاً كالحرّ بالإضافه إلى كسب المال وتملّكه فيكون بالإضافه إلى عبده، كالحرّ بالإضافه إلى عبده، ويثبت له فى مورد اللوث فى قتل عبده القسامه ولو كان المدّعى عليه حراً.

[۳] ظاهر عبارته أنّ الحاكم يمنع الولى المرتد عن إقامه القسامه على دعواه فى مورد اللوث، ولكن إذا أقامها تثبت بها دعواه وبين الحكمين تهافت فإنّ القسامه لو كانت معتبره من الولىّ المرتد فلا وجه لمنعه عن إثبات دعواه بها فإنّ المرتدّ الملّى

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۹ من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث ۳: ۱۱۷.

الاكتساب ويشكل هذا بما أنّ الارتداد يمنع الارث فيخرج عن الولايه فلا قسامه.

ويشترط فى اليمين ذكر القاتل والمقتول والرفع فى نسبهما بما يزيل الاحتمال وذكر الانفراد أو الشركه[۱] ونوع القتل. أمّا الاعراب فإن كان من أهله كلّف وإلاّ قنع بما يعرف معه القصد، وهل يذكر فى اليمين أنّ النيّه نيه المدّعى قيل: نعم دفعاً لتوهّم الحالف، والأشبه أنّه لا يجب.

الشَرح:

لا ـ يمنع عن اكتساب المال فى زمان الإمهال لتوبته ولا ـ تنتقل أمواله إلى ورثته. نعم إذا كان المقتول مسلماً وكان زمان القتل مرتدّاً فلا ـ حقّ له فى إقامه القسامه، ومنه يظهر الحال فى المرتدّ كافر والكافر لا يرث المسلم فلا دعوى له على الجانى القاتل، ومنه يظهر الحال فى المرتد الفطرى حيث إنّه لو كان ارتداده بعد زمان القتل أيضاً فلا دعوى له على الجانى القاتل لانتقال أمواله وحقوقه بالارتداد.

[۱] الثابت أن يكون الحلف من الحالف مطابقاً لدعوى المدّعى بأن يحلف على وقوع ما يدّعيه المدّعى وإن لم يكن الحلف مطابقاً لها فلا أثر للحلف المزبور بأن يدّعى المدّعى وقوع القتل عمداً ويحلف الحالف على القتل خطأً، فإنّ الحلف المزبور لا أثر له بل إن لم يذكر فى حلفه القتل عمداً أو ما يفيد معناه فلا أثر له أيضاً. وأمّا غير ذلك من الأمور فغير معتبر مع صدق أنّه حلف على دعوى المدّعى وإن رفع لفظ الجلاله بواو القسم أو نصبه كما هو ديدن غير المتمكّنين من رعايه الإعراب فى كلامهم.

ص: ۲۲۰

[المقصد] الثالث فی أحكامها

لو ادّعی علی اثنین وله علی أحدهما لوث[١] حلف خمسین یمیناًویثبت دعواه علی ذی اللوث وكان علی الآخر یمین واحده كالدعوی فی غیر الدم ثمّ إن أراد قتل ذی اللوث ردّ علیه نصف دیته.

ولو كان أحد الولیین غائباً وهناك لوث حلف الحاضر[٢] خمسین یمیناً ویثبت حقّه ولم یجب الارتقاب ولو حضر الغائب حلف بقدر نصیبه وهو خمس وعشرون یمیناً وكذا لو كان أحدهما صغیراً.

الشَرح:

[١] وذلك فإنّ ثبوت اللوث بالاضافه إلی دعواه إلی أحدهما دون الآخر یوجب الاختلاف فی مثبت دعواه بالإضافه إلی كلّ منهما.

وعلی الجمله، غیر مورد اللوث باق تحت قولهم علیهم السلام «البیّنه علی المدّعی والیمین علی من ادّعی علیه» ثمّ انّ الولیّ إذا أراد قتل ذی اللوث دفع إلیه نصف الدیه لاعترافه بأنّه أحد القاتلین وكذا إذا أراد قتل الآخر إذا ثبت علیه القتل عمداً بالیمین المردوده.

[٢] ولو كان للقتیل ولیّان أحدهما حاضر والآخر غائب، وادّعی الحاضر علی شخص أنّه القاتل فی مورد اللوث كما هو الفرض، وكان دعواه القتل عمداً، فإن جاء بالقسامه مع عدم البیّنه للمدّعی علیه ثبت له حقّ القود. ولو حضر الغائب وكان حضوره بعد القصاص من المدّعی علیه ورضائه بالقصاص فلا شیء له، وإن لم یرض بالقصاص وطالب بالدیه فعلی الولی الحاضر دفع نصف الدیه إلیه لاعترافه باستحقاقه علیه نصف الدیه.

وأمّا إذا كان حضوره قبل أخذ الحاضر بالقصاص بأن أخذ من المدّعی علیه نصف الدیه فإن أراد الغائب القصاص منه أو أخذ الدیه أیضاً فهل یحتاج إلی إقامه

....

الشَرح:

القسامه، وعلى تقدير إقامتها فهل قسامته خمسون أو خمسه وعشرون؟

الظاهر عدم الحاجه إلى القسامه إذا كانت قسامه الحاضر خمسين رجلاً وحلف كلّ منهما على دعواه فإنّ القسامه بمنزله إقامه أحد الوليين البيّنه على المدّعى عليه فى كفايته بالإضافه إلى الولى الآخر أيضاً. وأمّا إذا كانت قسامه الحاضر خمسين حلفاً، فعلى الغائب بعد حضوره الحلف بخمسه وعشرين حلفاً، لأنّ القسامه بخمسين حلفاً لم يثبت كونها قسامه معتبره إلّا بالإجماع والتسالم، والمتيقّن من التسالم كفايتها فى حقّ المباشر بالحلف فقط، فيكون على الغائب الحلف بخمس وعشرين حلفاً كما هو مقتضى تقسيط الحلف على المدّعين مع عدم الحالف لهم.

ومما ذكر يظهر الحال فيما كان دعوى الحاضر على الجانى القتل خطأً حيث إنّه يحلف بخمسه وعشرين ويأخذ نصف الديه فيكون الغائب على حجته على نحو ما ذكر.

وما فى عباره الماتن من أنّ الغائب إذا حضر يحلف بقدر نصيبه. ففى اطلاقه منع كما بيّنا من الصور المفروضه فى المسأله.

ويجى ء فرض الصور فيما إذا كان أحد الوليين كبيراً والآخر صغيراً وادّعى الكبير على شخص أنّه القاتل إن لم يقم ولىّ الصغير بالدعوى، أو قلنا بعدم نفوذ إقامته الدعوى التى يثبتها الحلف، لأنّه من الحلف فى حقّ الغير.

ويمكن أن يقال بأنّ على الغائب إذا حضر بعد القصاص أو قبله وطالب بالديه يكون عليه الحلف بخمسه وعشرين، حيث انّ المطالب منه نصف الديه هو ورثه الجانى إذا كان حضوره بعد القصاص واعتراف الحاضر باستحقاقه نصف الديه، لا يعدّ إقراراً على النفس، حيث إنّ اللازم على الحاضر دفع نصف الديه عند قصاصه إلى

ولو أكـذب أحـد الوليين صـاحبه لم يقـدح ذلـك فى اللوث[۱] وحلـف لإثبـات حقّه خمسـين يمينـاً وإذا مـات الولى قـام وارثه مقامه[۲] فان مات فى أثناء الأيمان قال الشيخ: تستأنف الإيمان، لأنّه لو أتمّ لا يثبت حقّه بيمين غيره.

الشَرح:

الجانى أو ورثته لا إلى الولى الآخر. فالولى الآخر يستحقّ نصف الديه عنـد مطالبتها على ورثه الجانى لا على الولى الـذى أخذ بالقصاص، كما لا يخفى.

[۱] المراد أنّه إذا ادّعى أحـد الوليين فى مورد اللوث القتـل على أحـد وقال الولى الآخر أنّه ليس قاتلًا سواء ادّعى أنّ القاتل غيره أو قال أنّه ليس بقاتل فإنّه تكذيبه صاحبه فى دعواه لا يبطل اللوث بالإضافه إلى المدّعى عليه فيكون للمدّعى إثبات كون القاتل هو القسـامه، غـايه الأمر يكون تكـذيب الولى الآخر من قبيل عـدم دعواه على المـدّعى عليه، فيكون إثبات الولى المـدّعى دعواه بخمسين رجلًا أو خمسين حلفاً، لأنّ دعوى القتل عمداً فى مورد اللوث يثبت بذلك.

[۲] وذلك لانتقال حقّ الدعوى إليهم كما فى ساير الحقوق التى ينتقل إلى الوارث ولكونهم أولياء الدم بعد موت مورّثهم وعلى ذلك ففى مورد اللوث كما هو الفرض يقيمون القسامه على دعواهم على المـدّعى عليه وكـذا إذا مات مورّثهم أثناء الأيمان من القسـامه، حيث يتعيّن على القسـامه استينـاف الأيمـان، لأنّ على المـدّعى إثبات دعواه بالقسامه والمـدّعى بعـد موت المورّث هم الورثه ويكون عليهم الإتيان بالقسامه بعد دعواهم على المدّعى عليه حيث إنّ الإتيان بالقسامه وظيفه المدّعى وما نقل عن الشيخ من التعليـل بـأنّه لا يثبت حقّ الوارث بيمين غيره لا يخلو عن المناقشه، فإنّه يمكن أن لا يكون بعض القسامه أو جلّها مـدّعياً، ومع ذلك يثبت دعوى المدّعى بيمينهم.

والصحيح ما ذكرنا من أنّ الوارث لم يكن مدّعياً حال حياه المورّث وبعد موته ودعواه على المدّعى عليه فعليه إقامه القسامه على دعواه.

مسائل

الأولی: لو حلف مع اللوث واستوفی الدیه

الأولی: لو حلف مع اللوث واستوفی الدیه ثمّ شهد اثنان أنّه کان غائباً فی حال القتل غیبه لا یقدر معها القتل بطلت القسامه واستعیدت الدیه[۱].

الثانیه: لو حلف واستوفی الدیه ثمّ قال: هذه حرام فإن فسّره، بکذبه فی الیمین استعیدت منه[۲] وإن فسّره بأنّه لا یری القسامه لم یعترضه وإن فسّر بأنّ الدیه لیست ملکاً للباذل فإن عیّن المالک الزم دفعها إلیه، ولا یرجع علی القاتل بمجرّد قوله، ولو لم یعین أقرّت فی یده.

الشَرح:

[۱] لأنّ اعتبار القسامه معلّق علی عدم البیّنه للمدّعی علیه علی نفی الدعوی، وإذا قامت البیّنه بذلک تبطل القسامه التی کانت مستند الاثبات، وعلیه فإن أخذ المدّعی الدیه فعلیه ردّها علی المدّعی علیه.

وکذا إذا کان ذلک بعد الاقتصاص بالقسامه ما لم یعترف أنّه کذب فی دعواه، حیث یحسب اقتصاصه من القتل من غیر تعمّد، وإذا اعترف بأنّه کاذب فی دعواه یؤخذ بالقصاص.

الثانیه: لو حلف واستوفی الدیه

وما ورد فی عدم سماع البیّنه بعد الحلف هو بیّنه المدّعی، فإن أقامها بعد رضاه بیمین المنکر فلا تسمع ولا یفید إقامتها بعد یمینه ولا یجری ذلک فی المقام کما لا یخفی.

نعم لو لم یقم المدّعی فی المقام البیّنه أو القسامه بدعواه ورضی بیمین المدّعی علیه وقسامته فلا یسمع منه البیّنه أو القسامه علی دعواه أخذاً باطلاق قوله علیه السلام : «ذهبت الیمین بدعوی المدّعی ولا دعوی له».

[۲] أخذاً علیه بإقراره بخلاف ما إذا فسّره بأنّه لا یری القسامه مثبتة لدعواه علی مذهبه فإن الحاکم حیث یری استحقاقه بها لا یستردّها منه.

الثالثه: لو استوفى بالقسامه

الثالثه: لو استوفى بالقسامه فقال آخر: أنا قتلته منفرداً قال فى الخلاف: كان الولى بالخيار[۱]. وفى المبسوط ليس له ذلک، لأنّه لا يقسم إلاّ مع العلم فهو مكذب للمقر.

الرابعه: إذا اتّهم والتمس الولى حبسه حتّى يحضر بينّه ففى إجابته تردّد ومستند الجواز ما رواه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام [۲].«أن النبى صلّى اللّه عليه وآله، كان يحبس فى تهمه الدم سته أيام، فإن جاء الاولياء ببينه ثبت، والا خلى سبيله» وفى السكونى ضعف .

الشَرح:

ولكن يمكن أن يقال فيمن لا يرى على مذهبه الديه بالقسامه بأنّ على المدّعى عليه إلزامه بالاسترداد إلزاماً له بما التزموا به على مذهبهم.

نعم لو لم يكن فى البين مورد لقاعده الإلزام كما إذا فسّر بأنّ الديه ليست ملكاً لباذلها يؤخذ بإقراره فيما إذا عيّن مالكها ويلزم بردّها عليه، ولا يكون له الرجوع إلى القاتل بمطالبه الديه منه لنفوذ إقراره على نفسه لا على القاتل ولو لم يعيّن المالک فللحاكم إبقائها فى يده إذا كان هو أو معطيها من أهل الصدقه فى المال المجهول مالكه.

الرابعه: إذا اتّهم والتمس الولى

[۱] إذا ادّعى على الغير فى مورد اللوث وأقام القسامه على كونه القاتل سواء أخذ منه الديه أو لم يأخذها ثمّ أقرّ شخص بأنّه القاتل منفرداً لا يجوز للمدّعى الأخذ على المقرّ بإقراره بأن يأخذ الديه منه لأنّ دعواه على المدّعى عليه إقرار بأنّه لا يستحقّ على المقرّ.

وما ذكر الشيخ قدس سره من كونه مخيّراً فى أخذ الديه من أى منهما لا يمكن المساعده عليه، ولو صدّق المقرّ فى إقراره لا يجوز له أخذ الديه من المدّعى عليه أيضاً وإن استوفاها منه قبل ذلک تستردّ منه، لأنّ تصديقه يعتبر إقراراً بأنّه لا يستحقّ الديه من المدّعى عليه وتكذيب لقسامته التى أقامها.

[۲] روى الشيخ بأسانيده عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى

الفصل الرابع

في كيفيه الاستيفاء

قتل العمد يوجب القصاص[١] لا الديه فلو عفا الولى على مال لم يسقط القود ولم تثبت الديه إلّا مع رضاء الجانى، ولو عفا ولم يشترط المال سقط القود ولم تثبت الديه ولو بذل الجانى القود لم يكن للولى غيره.

الشَرح:

عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ النبى صلى الله عليه و آله كان يحبس فى تهمته الدم سته أيام فإن جاء أولياء الدم بثبت وإلّا خلّى سبيله»(١).

وناقش الماتن فى الروايه بالسكونى مع أنّ الشيخ قدس سره وثّقه فى العدّه، ويظهر من كلامه أنّه لا ضعف فى الراويه بالنوفلى مع أنّه لم يوثّق، وقد ذكر أنّه لا يبعد كونه من المعاريف الذين لم يرد فيهم قدح ومقتضى إطلاقها عدم الفرق فى ذلك بين التماس المدّعى وعدمه ويمكن دعوى عدم اختصاصها بدعوى القتل بل يجرى فى دعوى الجراح أيضاً ولكن ما ورد فيها من قوله عليه السلام حاكياً عن النبى صلى الله عليه و آله فإن جاء أولياء الدم بثبتٍ ظاهره دعوى القتل دون الجراح.

[١] لا خلاف فى ثبوت القصاص فى القتل متعمّداً والمشهور بين الاصحاب بل المنفى عنه الخلاف ثبوته لولى الدم على نحو التعيين لا على نحو التخيير بينه وبين الديه فلا تثبت الديه إلّا مع رضاء الجانى إذا عفى الولى على شرط المال سواء كان بمقدار الديه أو الأقل أو الأكثر وإذا لم يرض الجانى لم يسقط حقّ القصاص ولم يثبت لولىّ الدم المال حتّى ما لو كان بمقدار الديه.

ويدلّ على ذلك صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: من

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٩ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث ١: ١٢١.

. ...

الشَرح:

قتل مؤمناً متعمّداً قيد منه إلّا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه فإن رضوا بالديه وأحبّ ذلك القاتل فالديه»(۱).

فإنّ مقتضى تقييد نفوذ رضاء أولياء المقتول فى أخذ الديه بحبّ الجانى اعتبار رضاه فى الانتقال إلى الديه.

والمنسوب إلى العمانى والاسكافى تخيير الولى بين القصاص وأخذ الديه مع عدم عفوه.

ويستظهر ذلک من روايات:

وهى صحيحه عبداللّه بن سنان وابن بكير جميعاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سئل عن المؤمن يقتل المؤمن متعمّداً . . . إلى أن قال، فقال: إن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقرّ عنـدهم بقتل صاحبه فإن عفو عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستين مسكيناً توبه إلى اللّه عز وجلّ»(۲).

وصـحيحته الأخرى عن أبى عبداللّه عليه السـلام «أنّه سـئل عن رجل قتل مؤمناً متعمّداً وهو يعلم أنّه مؤمن غير أنّه حمله الغضـب على أنّه قتله هـل له من توبه إن أراد ذلـک أو لاـ توبه له قـال توبته إن لم يعلم انطلق إلى أوليـائه فـأعلمهم أنّه قتله فإن عفى عنه أعطاهم الديه واعتق رقبه وصام شهرين متتابعين وتصدّق على ستين مسكيناً»(۳).

ووجه الاسـتظهار أنّه إذا وجب على الجانى إعطاء الـديه مع عفو الولى أو الأولياء عن القصاص فلا محاله يكون مطالبتهم الجانى بالديه وإغماضهم عن القصاص حقّاً

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب ديات النفس، الحديث ۹: ۱۴۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۵، الباب ۲۸ من أبواب الكفارات، الحديث ۱.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۵، الباب ۲۸ من أبواب الكفارات، الحديث ۳.

....

الشَرح:

لهم عليه ونحوهما روايه أبى بكر الحضرمى قال: قلت لابى عبداللّه عليه السلام : رجل قتل رجلًا متعمّداً، قال: جزاءه جهنّم، قال قلت له: هل له من توبه؟ قال: نعم، يصوم شهرين متتابعين ويطعم ستين مسكيناً ويعتق رقبه ويؤدّى ديته، قال قلت: لا يقبلون منه الديه، قال: يتزوّج إليهم ثمّ يجعلها صله يصلهم بها، قال قلت: لا يقبلون منه ولا يزوّجونه، قال: يصرّه صرراً يرمى بها فى دارهم»(۱)، ووجه الاستظهار ما تقدّم.

وفى النبوى: «من قتل له قتيلًا فهو مخيّر بين النظرين إمّا أن يفدى أو يقتل»(۲).

وفى النبوى الآخر: «من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث أمّا أن يقتصّ أو يأخذ العقل أو يعفو»(۳).

ولكن لا يخفى أنّ النبويين لا يمكن الاعتماد عليهما، وكذلك روايه أبى بكر الحضرمى مع أنّ مدلولها وجوب إعطاء الديه حتّى مع امتناع ولى الدم عن أخذها، فضلًا عن عدم مطالبته بها.

ويمكن أن يقال: إنّ صحيحه عبداللّه بن سنان الأولى المذكوره دليلًا على القول المشهور تعدّ قرينه على أنّ إعطاء الجانى مع العفو عن القصاص مقيّد فى الصحيحتين الأخرتين بصوره التراضى، ومع عدم إمكان هذا التقييد تقدّم الصحيحه الأخرى، لموافقتها لظاهر الكتاب المجيد(۴).

حيث إنّ ظاهرها أنّ المجعول للولى فى مورد القتل متعمّداً الولايه على

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۵، الباب ۲۸ من أبواب الكفارات، الحديث ۴.

۲- (۲) سنن البيهقى: ۸/۵۲.

۳- (۳) سنن البيهقى: ۸/۵۳.

۴- (۴) سوره المائده: الآيه ۴۵.

ولو طلب الديه فبذلها الجانى صحّ ولو امتنع لم يجز[١]، ولو لم يرض الولى بالديه جاز المفاداه بالزياده.

الشَرح:

القصاص الـذى هو النفس بالنفس، ولـذا لو عفى الولى عن القصاص على شـرط المال لم يسـقط القصاص ولم تثبت الديه، كما أنّه لو عفى عن القصاص ولم يشترط المال سقط حقّ القصاص ولم يكن له المطالبه بالدّيه.

[١] ولكن قـد يقال إذا اختار الولى الـديه يجب على الجانى دفعها وليس له الامتناع إلاّ من بذل نفسه للقصاص، حيث يجب عليه حفظ نفسه الموقوف على بذل الديه أو حتى فيما إذا طلب الولى بالزايد عليها. هذا مع تمكّنه على بذلها أو بذل الزايد عليها.

وفيه: إنّ وجوب حفظ النفس إذا كان متعلّقاً لحقّ الغير غير ثابت، ولذا يجب تسـليم نفسه إلى الولى إذا أراد التوبه حتّى مع علمه بأنّه يأخذ القصاص منه.

وعلى تقـدير القول بوجوب حفـظ نفسه مع تمكّنه على أداء الـديه أو حتّى الزايـد عليهـا لاـ يكون هـذا الوجوب معيّناً لحقّ الولى وتخييره بين القصـاص أو أخـذ الـديه بحيث لـو امتنـع الجـانى أو يتصـدّى الحـاكم لإعطائهـا من أمـواله. نعم إذا لم يمكن للولىّ الاقتصاص أو توقّف الاقتصاص على ردّ الديه يكون للولى المطالبه بالديه.

ويـدلّ على الانتقال إلى الـديه فى الأول صـحيحه ابن نصـر عن أبى جعفر عليه السـلام «فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات قال: إن كان له مال أخذ وإلاّ أخذ من الأقرب فالأقرب»(١).

وموثقه أبى بصـير قال: «سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه قال: إن كان له مال أخذت الديه من ماله وإلاّ فمن الأقرب

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث ٣: ٣٠٣.

ولا يقضى بالقصاص ما لم يتعيّن التلف بالجنايه ومع الاشتباه يقتصر على القصاص فى الجنايه[۱] لا فى النفس.

ويرث القصاص من يرث المال عدا الزوج والزوجه[۲] فإنّ لهما نصيبهما من الديه فى عمد أو خطأ، وقيل: لا يرث القصاص إلّا العصبه دون الاخوه والأخوات الشَرح:

وإن لم يكن له قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرء مسلم»(۱)، ومقتضاه أنّه مع عدم المال تؤخذ الديه من عاقلته ومع عدمها يتحمل الإمام ويودّى من بيت المال.

والروايتان وإن كانتا واردتين فى موت الجانى وهربه من القصاص إلّا أنّ الانتقال إلى الديه حكم لعدم إمكان القصاص، ولو كان من غير جهتى الفرار والموت كما هو مقتضى تفريع عدم التمكّن من القصاص على فراره.

أضف إلى ذلك مقتضى التعليل الجارى فى جميع موارد عدم التمكّن، ولو كان عدمه شرعاً كما فى قتل الوالد ولده متعمداً فإنّه يتعيّن حقّ ولىّ الدم فى الديه، وأمّا كون ولىّ الدم مخيّراً بين القصاص مع ردّ الديه أو أخذ الديه فيدلّ عليه ما ورد فى قتل الرجل المرأه متعمّداً على ما تقدّم تفصيله، وفيما إذا عفى بعض الأولياء عن الجانى وفيما إذا اشترك اثنان فى قتل واحد وفيما إذا كان الجانى قد أخذ على الجنايه على عضوه ديه أو ذهب عضوه قصاصاً ثمّ قتل آخر عمداً.

[۱] فإنّ استناد قتل النفس إلى الجارح إنّما يكون بسرايه الجرح واستفاد تلف النفس إليه، وإذا لم يحرز ذلك بالبيّنه العادله وإقرار الجانى يكون مقتضى الاستصحاب عدم كون التلف مستنداً إلى الجرح فيؤخذ القصاص فى الجنايه أو يؤخذ فيها بالأرش على ما يأتى.

[۲] الظاهر أنّ عدم إرث الزوج أو الزوجه حقّ القصاص مجمع عليه بين

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث ۱: ۳۰۲.

من الأم ومن يتقرّب بها وهو الأظهر. وقيل: ليس للنساء عفو ولا قود على الأشبه.

الشَرح:

الأصحاب. نعم إذا ثبت الديه أصلاً أو صلحاً يكونان كبقيه الوارث بحسب سهامهما ثمناً أو ربعاً.

وعن جماعه من أصحابنا قديماً وحديثاً أنّه يرث القصاص من يرث المال غير ما قلنا من استثناء الزوج والزوجه كما نقل ذلك عن الشيخ فى المبسوط وابن ادريس فى السرائر فى موضوع منها.

وعن العلامه والشهيد وعن الأصحاب من استثنى ممن يرث المال الاخوه والأخوات وغيرهما ممن يتقرّب إلى المقتول من طرف الأم، وإلى ذلك أشار الماتن قدس سره بقوله: وقيل لا يرث القصاص إلاّ العصبه دون الاخوه والأخوات من الأم وممن يتقرّب بها وهو الأظهر.

وعن بعض الأصحاب قول آخر وهو انّ النساء لا يرثن من حقّ القصاص أصلاً وإلى ذلك أيضاً أشار الماتن بقوله وقيل ليس للنساء عفو ولا قود.

ومستند هذا موثقه أبى العباس البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلت للنساء قود أو عفو قال: لا ، ذلك للعصبه»(۱).

قال الشيخ قدس سره يعد روايتها بإسناده عن على بن الحسن بن فضال قال على بن الحسن: هذا خلاف ما عليه أصحابنا، وذكر فى الوسائل بعد نقلها: هذا محمول على التقيّه.

وقد يقال: إنّما تحمل الروايه على التقيّه فى مورد المعارضه وليس فى البين ما يدلّ على ثبوت القود للام أو النساء من العصبه حتّى تحمل الموثقه على التقيّه، وإنّما

۱- (۱) الوسائل: الباب ۸ من أبواب موجبات الارث، الحديث ۶: ۴۳۲.

....

الشَرح:

الموجود فى مقابلها الاطلاق كما فى الآيه المباركه «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(۱) المقتضى لثبوت حقّ القصاص للنساء أيضاً، ويرفع اليد عنه بالموثقه الدالّه على كون المراد بالولى ذكور الوارث من النسب وعدم ثبوته للنساء.

ودعوى انّ الموثقه معرض عنها لقول على بن الحسن بن فضال: هذا خلاف ما عليه أصحابنا، لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لم يثبت الاعراض الموهن، خصوصاً بملاحظه ما ذكره البعض من أنّ النساء لا يرثن من الديه، فإنّه إذا لم يكن لهنّ الارث من الديه فمن القصاص بالأولويه.

وقد يقال: ما ثبت بالروايات كما يأتى أنّ المتقرّب بالام لا يرث من الديه سواء كان ذكراً أم أنثى ويتعدّى منه إلى القصاص أيضاً، فإنّ المتقرب بها إذا لم ترث من الديه فمن القصاص أولى، وأمّا الاناث من المتقرّبات إليه بالأب أو نفس الأم فيمكن استظهار أنّهنّ يرثن بقدر سِهامِهن من حقّ القصاص مضافاً إلى اطلاق مثل الآيه من صحيحه أبى ولّاد الحنّاط، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل وله أم وأب وابن، فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبى ، وقال الأب: أنا أريد أن أعفو، وقالت الأم، أنا أريد أن آخذ الديه، قال فقال: فليعط الابن أمّ المقتول السدس من الديه ويعطى ورثه القاتل السدس من الديه حقّ الأب الذى عفا وليقتله»(۲).

ووجه الاستظهار أنّ ثلث الديه الذى يعطيه الابن ديه الجانى لا ديه أبيه حتّى يرثها بمقدار حصّته من ديه ابنها المقتول فحكمه عليه السلام بأنّها تأخذ سدس الديه عفو عن حقّ قصاصها على الديه، ولو لم يكن لها حقّ القصاص لم يكن يستحقّ الأخذ من ديه

۱- (۱) سوره الاسراء: الآيه ۳۳.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۲ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۳.

وكذا يرث الديه من يرث المال والبحث فيه كالأول غير انّ الزوج والزوجه يرثان من الديه على التقديرات[١].

الشَرح:

الجانی سدس الديه لأنّها لاـ تستحقّ من ديه ابنها المقتول إلاّـ إذا صولح القصاص بالديه إذا لم يكن للأم حقّ القصاص، والمفروض أنّ أب المقتول وابنه لم يصالحا حقّ القصاص بالديّه بل أسقط أحدهما حقّه قصاصاً وديّهً، والثانی استوفی حقّ القصاص. وبتعبير آخر: لم يثبت فی الفرض الديه للمقتول على الجانی أصالهً، وإلاّ لم يكن مورد القصاص من الابن كما أنها لم يثبت على الجانی صلحاً لأنّ أب الميت عفی القاتل من القصاص والديه، والابن أراد القصاص فما تعطى لأم الميّت عوض عن حقّ قصاصها الذی عفته وطالبته بالديه، فيكون الابن ضامناً لها كم يضمن لورثه الجانی عفو الأب قصاصاً وديهً. فهذا الصحيحه على تقدير دلاله معتبره أبی العباس معارضه لها فی جهه الأم ولا مجال للجواب عن المعارضه بأنّ عدم ثبوت حقّ القصاص للأم لا ينافی حقّها فی الديه. نعم يمكن دعوى اختصاصها بالأم ويؤخذ فی غيرها بدلاله المعتبره.

[١] لا ينبغی التأمّل فی أنّ المتقرّب بالأمّ إلى المقتول لا يرث الديه من غير فرق بين الذكور والاناث كالاخوه والأخوات للمقتول من أمّه، ويدلّ على ذلک صحيحه سليمان بن خالد عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام فی ديه المقتول أنّه يرثها الورثه على كتاب اللّه وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين إلاّـ الاـخوه والأـخوات من الأـمّ، فـإنّهم لاـ يرثون من ديّته شيئاً»(١).

وصحيحه عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ الديه يرثها الورثه إلاّ الاخوه والاخوات من الأم فإنّهم لا يرثون من الديه شيئاً»(٢).

١- (١) الوسائل: ج ١٧، الباب ١٠ من أبواب موانع الارث، الحديث ١: ٣٩٣.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ١٠ من أبواب موانع الارث، الحديث ٢: ٣٩٣.

....

الشَرح:

وصحيحه محمد بن قيس على الأظهر، عن أبى جعفر عليه السلام قال قال: «الديه يرثها الورثه على فرائض الميراث إلاّ الاخوه من الأم فإنّهم لا يرثون من الديه شيئاً»(۱).

ومعتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يرث الاخوه من الأم من الديه شيئاً»(۲).

والروايات وإن ذكرت فيها الاخوه والأخوات إلاّ أنّه يلحق بهما ساير الأقرباء من طرف الأم، لعدم احتمال الفرق إن لم يكن الإلحاق بالفحوى.

نعم، نفس الأم ترث من ديه ولدها المقتول، لأنّ إرثها الديه مضافاً إلى أنّه مقتضى الاطلاق فى حساب الديه من تركته مستفاد من موثقه سماعه، قال: «سألته عن رجل ضرب ابنته وهى حبلى فأسقطت سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأه عليه فقالت المرأه لزوجها: إن كان لهذا السقط ديه ولى فيه ميراث فإنّ ميراثى فيه لابى ، قال: لا يجوز لأبيها ما وهبت له»(۳).

وعلى الجمله، تستحقّ الأم وإن بنى على عدم حقّ القصاص للنساء ومنهنّ الأم على ما تقدّم فى معتبره أبى العباس البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلت: هل للنساء قود أو عفو قال: لا وذلك للعصبه»(۴)، والمراد من العصبه الذكور التقربّ إلى الميت من ولده أو من طرف أبيه.

وكذا الحال فى الزوج والزوجه، فإنّه لا يرث القصاص أحدهما إذا قتل الآخر،

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب موانع الارث، الحديث ۴: ۳۹۳.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب موانع الارث، الحديث ۵: ۳۹۴.
۳- (۳) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۰ من أبواب موانع الارث، الحديث ۷: ۳۹۵.
۴- (۴) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب موجبات الارث، الحديث ۶: ۴۳۲.

وإذا كان الولی واحداً جاز له المبادره[۱]

الشَرح:

ولکن یرث أحدهما من دیه الآخر کما یشهد لذلک موثقه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «أیّما امرأه طلّقت فمات عنها زوجها قبل أن تنقضی عدّتها فإنّها ترثه ثمّ تعتدّ عدّه المتوفی عنها زوجها، وإن توفیت فی عدّتها ورثها، وإن قتلت ورث من دیتها، وإن قتل ورثت من دیته ما لم یقتل أحدهما الآخر»(۱).

ومثلها موثقه محمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن رجل طلّق امرأته واحده ثمّ توفّی عنها وهی فی عدّتها قال: ترثه ثمّ تعتدّ عدّه المتوفّی عنها زوجها، وإن ماتت ورثها، فإن قتل أو قتلت وهی فی عدّتها ورث کلّ واحد منهما من دیه صاحبه»(۲).

وأمّا ما ورد فی موثقه السکونی عن جعفر عن أبیه: «أنّ علیّاً علیه السلام کان لا یورّث المرأه من دیه زوجها شیئاً ولا یورّث الرجل من دیه امرأته شیئاً ولا الاخوه من الأم من الدیه شیئاً»(۳) فتحمل علی التقیّه فی مقام المعارضه لو لم یمکن حملها علی صوره قتل أحدهما صاحبه، واللّه العالم.

[۱] وذلک فإنّ جواز المبادره بعد ثبوت حقّ القصاص مقتضی سلطنه ولی المقتول، والقصاص لا یدخل فی الحدود التی تکون بید الإمام علیه السلام أو من نصبه خاصّاً أو عاماً، علی ما تقدّم فی بحث الحدود، ونسب جواز المبادره إلی أکثر الأصحاب أو أکثر المتأخرین.

وعن جماعه اعتبار الاستیذان فلا تجوز المبادره إلیه، فإن بادر فعل حراماً،

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۳ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۸: ۵۳۱.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۳ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۹: ۵۳۲.
۳- (۳) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب موانع الارث، الحدیث ۴: ۳۹۶.

والأولى توقّفه على إذن الإمام، وقيل: تحرم المبادره ويعزّر لو بادر، وتتأكّد الكراهيه فى قصاص الطرف، وإن كانوا جماعه لم يجز الاستيفاء إلّا بعد الاجتماع، أمّا بالوكاله أو بالاذن لواحد[١]. وقال الشيخ قدس سره يجوز لكلّ منهم المبادره ولا يتوقّف على إذن الآخر، لكن يضمن حصص من لم يأذن.

الشَرح:

ولذلك يعزرّ وربما قيل يشير إلى عدم الجواز روايه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من قتله القصاص بأمر الإمام فلا ديه له فى قتل ولا جراحه»(١).

ولكن لا يخفى مع أنّ فى سندها محمد بن عبداللّه بن هلال مقتضى التقييد فيها أنّه لولا أمر الأمام يثبت على ولى الدم الديه، ولم يلتزم ولا يمكن الالتزام به، والمراد بأمر الإمام أن يثبت حقّ الاقتصاص للمستوفى عند الإمام. نعم لا بأس بالالتزام بأنّ الاحتياط استحباباً الاستيذان خروجاً عن الخلاف فى مقام الاستيفاء.

[١] يقع الكلام فى المقام فى أنّه مع تعدّد أولياء الدم يثبت لمجموعهم حقّ واحد قائم بالمجموع بما هو مجموع، بحيث لو عفى واحد منهم سقط حقّ القصاص عن الجميع، نظير إرث الخيار فى البيع ونحوه، حيث يسقط بإسقاط البعض أو أنّ حقّ القصاص ثابت لعنوان ولىّ الميت بنحو صرف الوجود أو بنحو الانحلال فإن كان بنحو صرف الوجود يكون كالأوّل فى سقوطه ولو بإسقاط واحد منهم أو بنحو الانحلال فلا يسقط عن الآخرين بإسقاط البعض؟

الأظهر فى المقام كونه بنحو الانحلال، ولا يقاس بحقّ الخيار، فإنّ الخيار المنتقل إلى الورثه هو الخيار الثابت لمورثهم، وهو حقّ واحد لا يتبعّض، فإن اجتمعوا على الفسخ انفسخت المعامله وإلّا تنفذ بخلاف حقّ القصاص فإنّه ثابت لولى الدم ابتداءً، غايه الأمر يحتمل ابتداءً لحاظه بنحو صرف الوجود، ولكن المستفاد من صحيحه

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٨: ۴٧.

....

الشَرح:

أبی ولّاد الحنّاط کونه بنحو الانحلال، قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل وله أم وأب وابن فقال الأبن: أنا أرید أن أقتل قاتل أبی، وقا الأب: أنا أرید أن أعفو، وقالت الأم: أنا أرید أن آخذ الدیه، قال: فقال فلیعط الابن أمّ المقتول السدس من الدیه، ویعطی ورثه القاتل السدس من الدیه حقّ الأب الذی عفی ولیقتله»(۱)، ویستفاد منها أیضاً ضمان المستوفی حصّته الآخر من الدیه إذا لم یعفو حتّی عن الدیه، ومع العفو عنها یضمن لورثه الجانی.

أضف إلی ذلک أنّه لو کان حقّ القصاص ثابتاً للمجموع أو بصرف وجود الوارث أنّه لو قتل الجانی أحد الورثه مستقلاً فاللازم أن یتعلّق علیه القصاص علی الأول وأن یسقط حقّ القصاص بعفو واحد من الورثه ابتداءً علیهما.

لا یقال: لا بأس بالالتزام بسقوط القصاص عن الجانی بعفو أحد الورّاث ولو مع عدم رضاء الباقین، کیف؟ وقد یدلّ علیه صحیحه عبدالرحمن فی حدیث قال: «قلت لابی عبداللّه علیه السلام : رجلان قتلا رجلاً عمداً وله ولیّان فعفا أحد الولیین قال فقال: إذا عفا بعض الأولیاء دری ء عنهما القتل وطرح منهما من الدیه بقدر حصّه من عفا وأدّی الباقی من أموالهما إلی الذین لم یعفوا»(۲).

وصحیحه أبی مریم الأنصاری، أو حسنته، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فیمن عفا من ذی سهم فإنّ عفوه جایز وقضی فی أربعه اخوه عفا أحدهم قال: یعطی بقیّتهم الدیه، ویرفع عنهم بحصّته الذی عفا»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۸۳.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۸۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۸۵.

....

الشَرح:

وفى روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجلين قتلا ـ رجلاً ـ عمداً وله وليّان فعفا أحد الوليّين فقال: إذا عفا عنهما بعض الأولياء درى ء عنهما القتل وطرح عنهما من الديه بقدر حصّه من عفا وأدّى الباقى من أموالهما إلى الذى لم يعف»(۱).

وفى روايه غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول من عفا عن الدم من ذى سهم له فيه فعفوه جائز وسقط الدم وتصير ديه ويرفع عنه حصّته الذى عفا»(۲).

وهذه الأخبار وإن كانت ظاهره فى سقوط حقّ القصاص عن الباقين بعفو بعض الورثه عن القصاص، ولكن لا دلاله لها على عدم جواز القصاص مستقلاً قبل عفو بعض الورثه بأن يعتبر فى جواز القصاص اجتماع الورثه عليه كما هو ظاهر الماتن والمحكى عن العلامه والشهيدين والفاضل المقداد والأردبيلى والكاشانى، ومع ذلك لابدّ من رفع اليد عن هذه الأخبار والأخذ بصحيحه أبى ولّاد الحنّاط المتقدّمه الظاهر فى انحلال حقّ القصاص وأنّه يتعلّق على من أخذ بالقصاص إعطاء حصّته ساير الورثه من الديه إذا عفوا عن القصاص خاصه، وذلك فإنّه موافقه لظاهر الآيه المباركه الداله على جعل السلطان لولى المقتول ظلماً حتّى وإن عفى بعض الولى عنه.

أضف إلى ذلك أنّ السقوط مذهب معظم العامّه كما أنّ المشهور عند أصحابنا و مذهب الأكثر من أصحابنا كون حقّ القصاص انحلاليّاً، وظاهر المبسوط الأجتماع عليه كما قيل.

ولكن لا يخفى انّ هذا فى حقّ قصاص النفس الذى يثبت لأولياء المقتول ابتداءً.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳: ۸۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴: ۸۵.

وينبغى للأمام أن يحضر عند الاستيفاء شاهدين فطنين احتياطاً[١] ولاقامه الشهاده إن حصلت مجاحده ويعتبر الآله لئلا تكون مسمومه خصوصاً فى قصاص الطرف[٢]

الشَرح:

وأمّا إذا كان حقّ القصاص بالارث من واحد كما إذا مات وليّ المقتول قبل الأخذ بالقصاص أو كان القصاص فى الطرف لا فى النفس ومات المجنى عليه قبل استيفاء القصاص والعفو يكون الأمر فيه كما فى إرث الخيار من ثبوته لمجموع الورثه، حيث انّ الحقّ الموروث واحد كما فى إرث الخيار.

[١] لم يرد بذلك نصّ فى المقام ولكن الاحتياط فى محلّه، بل لازم إذا احتمل الحاكم أنّ أولياء المقتول يجعلون حقّ القصاص ذريعه فى قتلهم شخصاً آخر ظلماً أو خيف من وقوع الفتنه أو الاتهام ولو بعد حين بدعوى ورثه الجانى، أنّ القتل بالقصاص لم يحصل وأنّما قتلوه ظلماً.

[٢] إن كان المراد انّ الآله إذا كانت مسمومه لاـ يحصل القصاص فلا سبيل لنا إلى ذلك حتّى فى قصاص الطرف، وإن كان المراد عدم جواز ذلك تكليفاً فإنّ كونها مسمومه يؤثّر فى جسد المقتول من تفرّق الأعضاء بحيث يشكل تجهيزه، فهذا لا يجرى فيمن اغتسل ولبس الكفن قبل القصاص، وعلى كلّ فلا بأس بالالتزام بعدم الجواز إن أوجبت هتكاً فى المقتول فى جسده قبل الدفن، وهذا فى قصاص النفس.

وأمّا فى قصاص الطرف، فإن كان السّم معرضاً لسرايه الجرح فلا يجوز فإنّه تعدّى على الجانى، ولذا يحكم بضمان المقتصّ إذا تعدّى وكذا إذا سرى السمّ، وإذا كانت السرايه أمراً قاتلاً غالباً أو كان قصده ذلك يتعلّق القصاص على المقتصّ وإلاّ يؤخذ منه الديه.

نعم، إذا استند موت الجانى إلى القصاص والسمّ، يدفع إلى أولياء المقتصّ الديه

ص :٢٣٩

ولو كانت مسمومه فحصلت منها جنايه بسبب السمّ ضمنه، ويمنع من الاستيفاء بالآله الكالّه تجنّباً للتعذيب، ولو فعل أساء ولا شيء عليه، ولا يقتصّ إلّا بالسيف ولا يجوز التمثيل به[۱] بل يقتصر على ضرب عنقه، ولو كانت الجنايه بالتغريق أو بالتحريق أو بالمثقل أو بالرضخ.

الشَرح:

فی القصاص منه، كما فی صوره كون السرايه إلى النفس غير مقصود، ولا أمراً غالبياً لكون الجنايه مستنده إلى أمرين أحدهما مضمون والآخر غير مضمون أو يؤخذ منه الديه.

[۱] حيث انّ المثله حرام وقد ورد النهی عنه حتّى بالإضافه إلى البغاه على الإمام عليه السلام .

ويدلّ عليه أيضاً جمله من الروايات:

منها صحيحه الحلبی وروايه أبی الصباح الكنانی، جميعاً عن أبی عبداللّه عليه السلام قالا: «سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتّى مات، أيدفع إلى ولیّ المقتول فيقتله؟ قال: نعم، ولكن لا يترك يعبث به ولكن يجيز عليه بالسيف»(۱).

وروايه اسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبی عبداللّه عليه السلام : إنّ اللّه يقول فی كتابه «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً فلا يسرف فی القتل» ما هذا الإسراف الذی نهی عنه؟ قال: نهی أن يقتل غير قاتله أو يمثّل بالقاتل»(۲).

ولا يخفی انّ مقتضاهما عدم جواز القصاص بالآله أيضاً. فإن القصاص به نوع عبث بالجانی وإسراف فی قتله.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۱: ۹۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۲ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث ۲: ۹۵.

وأجره من يقيم الحدود من بيت المال، فإن لم يكن بيت مال أو كان هناك ما هو أهمّ كانت الأجره على المجنى عليه[۱] ولا يضمن المقتصّ سرايه القصاص. نعم لو تعدّى ضمن. فإن قال: تعمّدت، اقتصّ منه فى الزايد، وإن قال: أخطأت، أخذت منه ديه العدوان، ولو خالفه المقتصّ منه فى دعوى الخطأ كان القول قول المقتصّ مع يمينه، وكلّ من يجرى بينهم القصاص فى النفس يجرى فى الطرف، ومن لا يقتصّ له فى النفس لا يقتصّ له فى الطرف.

الشَرح:

وظاهر الصحيحه والروايه التى لا تبعد اعتبارها تعيّن القصاص بالسيف وكونه بالضرب فى عنقه خاصّه، فيمكن استنادته ممّا ورد فى تجهيز المقتول قصاصاً ولكن سندها ضعيف كدلالتها.

ودعوى أنّ الجانى يقتل بما هو المتعارف فى كلّ عصر أخذاً بالاطلاق فى الروايات الوارده فى ولايه ولى المقتول بقتل الجانى والتحديد بالضرب بالسيف لكونه هو المتعارف فى ذلك الزمان لا لخصوصيه فيه، لا يمكن المساعده عليه. فإنّ ظاهر الصحيحه ونحوها تحديد القصاص المشروع بالضرب بالسيف كساير التحديدات الوارده فى ساير الموارد، كما أنّ القول بأنّه يجوز القصاص بمثل ما قتل أخذاً ببعض النبوى مع ضعفه سنداً ومعارضته بما تقدّم وإعراض الأصحاب عنه لا يعبأ به.

وعلى الجمله، فالقصاص عن الجانى القاتل عمداً فى جواز كيفيه القصاص تكليفاً مقيّد بكونه بالإجهاز عليه بالسيف، فإذا كان القصاص بغير هذه الكيفيه يكون محرّماً فى كيفيّته ويستحقّ الولىّ المرتكب التعزير عليه.

[۱] المراد من المجنى عليه من يقام عليه الحدّ أو يجرى عليه القصاص، وأمّا الاجره على إقامه الحد فلا ينبغى التأمّل فى أنّها على بيت المال، فإنّ إقامتها وظيفه الحاكم ولو بالتوكيل والتسبيب، وإذا احتاجت إلى الاجره تكون على بيت المال، لأنّ

....

الشَرح:

إقامتها من مصالح المسلمين ولا يجب على من يقيم عليه الحدّ إلاّ تسليم نفسه لإقامته. وقد تقدّم مورد وجوب التسليم فى بحث الحدود، ولو لم يكن بيت مال أو كان فى البين أمر آخر أهمّ لصرفه استدان الحاكم على بيت المال، وقد تقدّم انّ من الذين يرتزقون من بيت المال الحدّاد، وأمّا القصاص فيمكن أن يكون الأمر فيه أيضاً كذلك.

ويمكن دعوى كون الاجره على أولياء الدم إذا لم يباشروا القصاص، فإنّ مجرى القصاص هم الأولياء ولو بالتسبيب. نعم إذا وصلت النوبه إلى قصاص الإمام لعدم الولى يكون الأجره على بيت المال، فإنّ الإمام يكون له القصاص بما هو إمام، ولا يكون فى القصاص الأجره على الجانى، فإنّه ليس له إلاّ تسليم نفسه للقصاص. وتنزيله منزله البايع إذا باع المكيل والموزون فى كون اجره الكيل والوزن عليه فيه ما لا يخفى.

وأمّا عدم ضمان المقتصّ سرايه القصاص، فقد تقدّم أنّ من قتله القصاص أو الحدّ لا ديه له فضلاً عن ثبوت القصاص، كما يشهد لذلك عدّه من الروايات، كصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أيّما رجل قتله الحدّ أو القصاص فلا ديه له»(۱).

وصحيحه أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عمّن أقيم عليه الحد أيقاد منه أو تؤدّى ديّته؟ قال: لا ، إلاّ أن يزاد على القود»(۲).

وصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام فى حديث: «ومن قتله القصاص فلا ديه له»(۳).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۹، ۴۷.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۷، ۴۷.
۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۵، ۴۷.

وهنا مسائل:

الأولی: إذا کان له أولیاء لا یولّی علیهم

الأولی: إذا کان له أولیاء لا یولّی علیهم[۱] کانوا شرکاء فی القصاص، فإن حضر بعض وغاب الباقون، قال الشیخ للحاضر الاستیفاء بشرط أن یضمن حصص الباقین من الدیه، وکذا لو کان بعضهم صغاراً.

الشَرح:

وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «من اقتصّ منه فهو قتیل القرآن»(۱)، إلی غیر ذلک.

نعم، لو تعدّی المقتصّ فی اقتصاصه یضمن التعدّی، فإن کان التعدّی عن عمد یقتصّ منه فی مورد القصاص، وإن کان عن غیر عمد یؤخذ منه الدیه، وکذا فی مورد عدم إمکان القصاص.

وأمّا إذا اختلف المقتصّ منه أو أولیائه فی التعدّی أو التعمّد فی العتدّی کان القول قول المقتصّ لأصاله عدم التعدّی وعدم تعلّق القصاص أو الدیه علیه، فیحلف علی عدم التعدّی أو عدم التعدّی عمداً، ولا مورد فی الدماء ونحوها لأصاله العمد لیثبت بحلف الخصم علی نفی الخطأ.

وأمّا جریان القصاص فی الطرف فی کلّ ما یجری فیه القصاص فی النفس وعدم جریانه فی کلّ ما لا یجری فیه القصاص فی النفس علی ما تقدّم فی شرائط القصاص فهو مقتضی الاطلاق فی أدلّه الاشتراط بل التصریح فی الاطلاق فی بعضها کما فی صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام : «لا یقاد مسلم بذمّی فی القتل ولا فی الجراحات»(۲)، فراجع.

[۱] إذا کان للمقتول أولیاء کاملون بحیث لا یولّی علیهم، کانوا شرکاء فی

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲، ۴۶.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۵، ۸۰.

....

الشَرح:

القصاص عند الماتن وغيره، ومقتضاه على ما تقدّم ان لا يجوز لأحدهم لا قتصاص إلّا بموافقه الأخرين، وعلى ذلك فلو كان بعض الأولياء غائبين أو قاصرين وقيل بأنّ الولى على وليّ الدم لا يملك الاقتصاص منه يشكل الاقتصاص من الأولياء الحاضرين أو غير القاصرين.

ولكن مع ذلك قال الشيخ قدس سره أنّه يجوز للحاضر أو الحاضرين أو الكامل والكاملين الاقتصاص ويضمنون للغائب أو القاصر حصتّه من الديه. وظاهر الماتن قبول هذا القول الذى صحيح على مسلك الشيخ من كون حقّ الاقتصاص انحلاليّاً، وأمّا إذا كان حقّاً واحداً ثابتاً لمجموع الأولياء فيجرى الأشكال فى الاقتصاص، ولكن عللّ ذلك كما فى الجواهر(١) بأنّ التأخير فى الاقتصاص إلى مجى ء الغائب أو بلوغ القاصر أو إقامته معرض لزوال حقّ الحاضر أو الكامل وإلزامهما القاتل بإعطاء نصيبهما من الديه كحبس القاتل إلى مجىء الحاضر، أو بلوغ القاصر ضرر على القاتل.

أقول: قد تقدّم انّ حقّ الاقتصاص انحلالى، وعليه فلا إشكال فى جواز اقتصاص الحاضر أو الكامل، ويضمن الغائب أو القاصر حصّيته من الديه. وأمّا إذا لم يكن حقّ الاقتصاص انحلاليّاً كما إذا مات ولى الدم قبل الاقتصاص وانتقل حقّ قصاصه إلى ورثته المتعدّدين بعضهم غائب أو قاصر فلا يجوز للحاضر والكامل الاستقلال فى الاقتصاص، كما تقدّم. فمع عدم ثبوت الاقتصاص لوليّ الغائب أو القاصر كما سيأتى ينتقل الأمر إلى جواز مطالبه الحاضر أو الكامل نصيبه من الديه إذا كان انتظار مجىء الغائب أو كمال القاصر معرّضاً لبطلان دم امرء مسلم وذهابه هدراً كما فى ساير موارد

ص :۲۴۴

١- (١) جواهر الكلام: ۴۲/۳۰۳.

الثانیه: إذا زادوا علی الواحد فلهم القصاص

وقال: لو کان الولی صغیراً وله أب أو جدّ لم یکن لأحد أن یستوفی حتّی یبلغ، سواء کان القصاص فی النفس أو فی الطرف[۱]، وفیه إشکال. وقال: یحبس القاتل حتّی یبلغ الصبی أو یفیق المجنون، وهو أشدّ إشکالاً من الاوّل.

الثانیه: إذا زادوا علی الواحد فلهم القصاص، ولو اختار بعضهم الدیه وأجاب القاتل جاز، فإذا أسلّم سقط القود علی روایه[۲].

الشَرح:

تعذّر القصاص، واللّه العالم.

[۱] إذا کان ولی الدم صغیراً أو مجنوناً کما إذا قتل واحد أم الصغیر أو المجنون وکان للصغیر أب وجدّ للأب فقد ذکر الشیخ قدس سره أنّه لا یجوز للأب أو الجد الاقتصاص من الجانی، وذلک فإنّ ظاهر الأدلّه ثبوت حقّ الاقتصاص لولیّ المقتول، والمفروض أنّه صغیر أو مجنون وولایه الأب أو الجد للأب علی الصغیر والمجنون لم یثبت فی حقّ الاقتصاص منه وظاهر الأدلّه کما ذکر جعل حقّ الاقتصاص لولیّ المقتول فی قصاص النفس ولنفس المجنی علیه فی قصاص الطرف، وعلی ذلک فإن کان فی أخذ الدیه صلاح الطفل أو المجنون فیجوز لولیّهما أخذ الدیه له لثبوت الولایه لهما بالإضافه إلی الأموال ولا دلاله فی آیه «یسألونک عن الیتامی»(۱) وغیره علی أزید من جواز أخذ الدیه عند الصلاح، کما لا یخفی.

نعم، إذا لم یبذل الجانی الدیه وخیف فراره إلی بلوغ الطفل أو لم یکن رجاء بإفاقه المجنون یجوز فی الأول حبسه وفی الثانی إلزامه بإعطاء الدیه لتوقّف استیفاء الحقّ علیه فی الأول، ولأنّه لا یذهب دم امرء مسلم هدراً فی الثانی.

[۲] قد تعرّضنا لتلک الروایات وأجبنا عنها بأنّها تحمل علی التقیه، مع أنّ موردها عفو بعض الورثه وعدم مطالبه الجانی بشیء حتّی الدیه، والمفروض فی المسأله أخذ

۱- (۱) سوره الانعام: الآیه ۱۵۲.

الثالثه: إذا أقرّ أحد الوليّين

والمشهور أنّه لا يسقط وللأخرين القصاص بعد أن يردّوا عليه نصيب من فاداه، ولو امتنع من بذل نصيب من يريد الديه جاز لمن أراد القود أن يقتصّ بعد ردّ نصيب شريكه، ولو عفا البعض لم يسقط القصاص وللباقين أن يقتصّوا بعد ردّ نصيب من عفا على القاتل.

الثالثه: إذا أقرّ أحد الوليّين بأن شريكه عفا عن القصاص على مال لم يقبل إقراره على الشريك[۱] ولا ـ يسقط القود فی حقّ أحدهما وللمقرّ أن يقتل لكن بعد أن يرد نصيب شريكه. فإن صدّقه فالردّ له وإلّا كان للجانی والشريک على حاله فی شركه القصاص.

الشَرح:

بعض الورثه نصيبه من الديه أو الفداء زاد عن نصيبه أم نقص. وقد تقدّم أنّ صحيحه أبی ولّاد الحنّاط عن أبی عبداللّه عليه السلام الوارده فی مقتول له أب وابن وأم أن أخذ الأم الديه لا ـ يوجب سقوط حقّ القصاص للأبن كما لا يسقطه عفو الأب للجانی، وعلى ذلک فإن امتنع الجانی عن بذل نصيب من يريد الديه جاز لمن يريد الاقتصاص أن يقتصّ ويضمن نصيب من أراد الديه.

وظاهر الماتن أنّ ثبوت حقّ القصاص منوط بدفع نصيب من أراد الديه ولكن الثابت الضمان والأداء كما هو مدلول الصحيحه. نعم الأداء قبل الاقتصاص أحوط.

وعلى الجمله، يستفاد من صحيحه أبی الولّاد المزبوره أنّ حقّ القصاص للأولياء لا يسقط بعفو بعض الورثه أو بمطالبته بالديه، بل من يريد الاقتصاص يكون عليه ضمان ديه من يريد الديه، كما يكون عليه ضمان من عفى عن القصاص والديه بأن يدفع حصّته من الديه إلى الجانی.

[۱] فإنّ إخباره بأنّ شريكه عفى عن القصاص بمال إقرار على شريكه فی القصاص فلا ينفذ بل يبقى الشريک على حقّه فی الاقتصاص منه فإن اقتصّ المقرّ من

الرابعه: إذا اشترک الأب والأجنبی فی قتل ولده

الرابعه: إذا اشترک الأب والأجنبی فی قتل ولده أو المسلم والذمّی فی قتل ذمّی فعلی الشریک القود[۱] ویقتضی المذهب أن یردّ علیه الآخر نصف دیته وکذا لو کان أحدهما عامداً والآخر خاطئاً کان القصاص علی العامد بعد الردّ، لکن هنا الرد من العاقله، وکذا لو شارکه سبع لم یسقط القصاص لکن یردّ علیه الولی نصف دیته.

الشَرح:

الجانی فعلیه أن یردّ نصیب شریکه من الدیه، فإن صدّقه فی إخباره فالردّ له، فإن قال: عفوت عن الجانی، یکون نصیبه للجانی، کما تقدّم الوجه فی تلک فی المسأله الثانیه.

[۱] إذا قتل شخص وکان قاتله اثنان والقتل بالإضافه إلی أحدهما موجب للقصاص عنه، وبالإضافه إلی الآخر موجب للدیه فقط، کما إذا قتل والد مع أجنبی ولده أو قتل مسلم مع ذمّی ذمّیاً آخر، فلولیّ المقتول أن یقتصّ ممّن یثبت القصاص فی حقّه وعلی الجانی الآخر أن یعطی الدیه لورثه الجانی المقتصّ منه أو للجانی.

وإذا کان القتل بالإضافه إلی أحد القاتلین قتلاً عمدیاً موجباً للقصاص وکان من الآخر موجباً للدیه علی عاقلته کما إذا کان خطئاً محضاً فللولی إن یقتص ممن یکون قتله موجباً للقصاص ویکون نصف الدیه للجانی من عاقله من یکون قتله خطأً محضاً.

وإذا کان القتل بفعل اثنین وکان قتل أحدهما موجباً للاقتصاص منه والفعل من الآخر غیر مضمون علیه کالسبع یکون نصف الدیه علی ولیّ القصاص یدفعه إلی من یرید الاقتصاص منه، وکأنّ ما ذکر متسالم علیه بین أصحابنا والخلاف من بعض العامّه، حیث ذکروا عدم القصاص لعلّ نظرهم فی سقوط القصاص هو انّ القود یتعلّق علی من یکون القتل صادراً عنه وفی المفروض القتل لم یصدر عنه بل یکون مستنداً إلی مجموع الفعلین من فاعلین.

الخامسه: للمحجور علیه لفلس أو سفه استیفاء القصاص

الخامسه: للمحجور علیه لفلس أو سفه استیفاء القصاص لاختصاص الحجر بالمال[۱] ولو عفا علی مال ورضی القاتل قسّمه علی الغرماء، ولو قتل وعلیه دین فإن أخذ الورثه الدیه صرفت فی دیون المقتول ووصایاه کما له، وهل للورثه استیفاء القصاص من دون ضمان ما علیه من الدیون؟ قیل نعم، تمسّکاً بالآیه، وهو أولی، وقیل: لا ، وهو مروی[۲].

الشَرح: ولکن لا یخفی ما فیه، فإنّ القود یتعلّق بالقاتل عمداً، کان مستقلاً فی فعله أم لا ، کما تقدّم فی مسائل الشرکه فی القتل.

[۱] لا ـ یخفی أنّ المحجور علیه بالفلس یکون محجوراً علیه بالإضافه إلی الأموال التی حجر علیه فیها، وکذلک السفیه بالإضافه الی امواله الموجوده وعلیه فلا موجب لمنع المفلّس أو السفیه عن الاقتصاص، لأنّ الاقتصاص لیس تصرّفاً مالیّاً، کما أنّ أحدهما إذا عفی عن القصاص علی مال کان له ذلک فإن أخذ المال لا یکون تصرّفاً فی أمواله الموجوده، ولذا یجوز للمفلس أن یوجر نفسه للعمل ویستحقّ السفیه أجره المثل علی من استعمله بل الأجره المسمّی إذا استأجره.

وعلی الجمله، إذا عفی المحجور علیه عن القصاص علی مال کان ذلک المال محسوباً من الدیه، فیعامل معها معامله الترکه لما دلّ حساب دیه القتل من ترکه المیت، ولو کانت الدیه ثبوتها للتراضی بها عن القصاص.

[۲] التعبیر ب(قیل) إشاره إلی الاختلاف، وهذا القول قائله الشیخ قدس سره فی النهایه، حیث ذکر انّ الورثه إذا استوفوا القصاص یکون الدین للغرماء علیهم، ویستدلّ علی ذلک بما رواه فی التهذیب عن الصفّار عن محمد بن الحسین بن أبی الخطاب عن محمد بن أسلم الجبلی عن یونس ابن عبدالرحمن عن ابن مسکان عن أبی بصیر قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الرجل یقتل وعلیه دین ولیس له مال فهل لأولیائه أن یهبوا دمه لقاتله

....

الشَرح:

وعليه دين؟ فقال: إنّ أصحاب الـدين هم الخصـماء للقاتل فإن وهبوا أوليائه ديه القاتل فجائز، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتّى يضمنوا الدين للغرماء وإلاّ فلا»(۱).

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى ما ورد فيها من أنّ أصحاب الدّين هم الخصماء للقاتل ان تؤخذ الديه من القاتل لا نفوذ هبه الأولياء الديه له مع أنّه قد ذكر بعده فإن وهبوا أوليائه ديه القاتل فجائز.

وقد روى الشيخ بأسناده عن يونس عن ابن مسكان عن أبى بصير قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين وليس له مال فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله وعليه دين؟ فقال: إنّ أصحاب الـدين هم الخصـماء للقاتل فإن وهب أوليائه دمه للقاتل ضـمنوا الـديه للغرماء وإلاّ فلا»(۲)، ومقتضاهـا انّ مع عفو القاتـل عن الـدم بترك القصـاص وأخـذ الـديه من قبل الأولياء يوجب ضـمانهم الـديه للغرماء، وإلاّ أى إن لم يكن عفو كـذلك بأن أخذ القصاص أو أخذو الديه فليس عليهم ضـمان، فإنّه مع أخذهم الديه تحسب الديه من تركه الميت، وتصرف فى ديونه، وإن أخذوا بالقصاص فقد استوفوا حقّهم.

ومع تعارض النقلين فى ضمان الدّين فى صوره القصاص وعدم ضمانه يؤخذ بالنقل الثانى، لصّحه سنده، بل كونه موافقاً للكتاب المجيد من قوله سبحانه: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(۳)، وعلى هذا فإن عفوا عن القصاص على الديه فهو، وإلاّ أى عفوا عن الدم ضمنوا الديه للغرماء.

يويّد ذلک روايه على بن أبى حمزه عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له:

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۲۴ من أبواب الدّين، الحديث ۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۹ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۹۲.

۳- (۳) سوره الاسراء: الآيه ۳۳.

السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب

السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب ثبت لولیّ کلّ واحد منهم القود[۱] ولا یتعلّق حقّ واحد بالآخر، فإن استوفی الأول سقط حقّ الباقین لا إلی بدل علی تردّد، ولو بادر أحدهم فقتله فقد أساء وسقط حقّ الباقین وفیه إشکال ینشأ من حیث تساوی الکلّ فی سبب الاستحقاق.

الشَرح:

جعلت فداك، رجل قتل رجلًا متعمّداً أو خطأ وعلیه دین ولیس له مال، وأراد أولیاؤه أن یهبوا دمه للقاتل؟ قال: «إن وهبوا دمه ضمنوا دیّته» فقلت: إن هم أرادوا قتله؟ قال: «إن قتل عمداً قتل قاتله وأدّی عنه الإمام الدّین من سهم الغارمین» قلت: فإنّه قتل عمداً وصالح أولیاؤه قاتله علی الدیه فعلی من الدّین، علی أولیائه من الدیه؟ أو علی إمام المسلمین؟ فقال: «بل یؤدّوا دینه من دیّته التی صالحوا علیها أولیاؤه فإنّه أحقّ بدیّته من غیره»(۱).

[۱] فإنّ لکلّ من أولیاء المقتولین ولایه بالاقتصاص منه، ولا یکون اشتراك فی حقّ القصاص الواحد بأن یکون ثبوته وسقوطه باشتراك الکلّ فی القصاص أو العفو عنه أو یضمن المستوفی الدیه علی السائرین. وعلیه فإن اجتمعوا ورضوا کلّهم بالقصاص عنه فقط فقد استوفوا کلّهم حقّهم.

وظاهر الماتن انّ ولیّ المقتول الأوّل أولی بالقصاص ممن بعده من ولیّ المقتول الثانی حیث قال لو بادر الأول إلی القصاص سقط حقّ الباقین، ولو بادر أحدهم أی غیر الأول فقد أساء وسقط حقّ الباقین. والظاهر هو أنّه إن رضوا کلّهم بالقصاص فلا مورد لأخذ الدیه، وإن طالب بعضهم الجانی بالدیه ورضی الجانی به لا یسقط حقّ الباقین فی القصاص، ولکن إن لم یرض بالدیه لا یکون علی الجانی إلاّ الاقتصاص، لأنّ ثبوت الدیه للباقین لا موضوع له، حیث ثبوت الدیه إمّا یکون بالتراضی مع الجانی أو بالتعبّد وشیء منهما غیر مفروض فی المقام.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲: ۹۲.

السابعه: لو وكلّ فی استیفاء القصاص فعزله قبل القصاص

السابعه: لو وکلّ فی استیفاء القصاص فعزله قبل القصاص ثمّ استوفی فإن علم فعلیه القصاص[١] وإن لم یعلم فلا قصاص ولا دیه.

أمّا لو عفا الموکل ثمّ استوفی ولمّا یعلم فلا قصاص أیضاً وعلیه الدیه للمباشره ویرجع بها علی الموکل لأنّه غار.

الثامنه: لا یقتصّ من الحامل حتّی تضع، ولو تجدّد حملها بعد الجنایه[٢]،

الشَرح:

ومما ذکر یظهر أنّه لا فرق بین قتل المتعدّد متعاقباً أو دفعهً، بل لا فرق بین اقتصاص واحد من الأولیاء أو قتل الأجنبی الجانی، فإنّه فی جمیع الصور ینتفی مورد حقّ القصاص. نعم یمکن دعوی انّ الدیه تثبت علی بیت المال لئلا یذهب دم المقتولین هدراً، ولکن هذا أیضاً لا یخلو عن الإشکال.

الثامنه: لا یقتصّ من الحامل حتّی تضع

[١] قد تقدّم أنّه لا یجب فی الاقتصاص مباشره الولی بأنّ لولی الدم التوکیل فی استیفاء حقّه، فإن وکلّ الأخر فی الاستیفاء ثمّ عزله، فإن علم الوکیل بالعزل فلا یجوز له الاستیفاء بل لو استوفی یکون علیه القصاص، لأنّ قتله تعمّد فی التعدّی أی القتل ، ولکن لو استوفی قبل أن یبلغه العزل لا یثبت علیه قصاص ولا دیه، بل یسقط حقّ الولی، لأنّ فعل الوکیل نافذ ما لم یبلغه ولا یسقط وکالته بمجرّد العزل.

ولو عفا الولی القاتل ثمّ استوفی الوکیل القصاص بلا علمه بالعفو یکون علی الوکیل الدیه لقتله ولاعتقاده جواز القتل یحسب شبه عمد ولکن یرجع فی الدیه بعد إعطائها لورثه الجانی المعفو عنه إلی ولیّ الدم لأمره بقتل الجانی وعدم إبلاغه عفوّه المعبّر عن ذلک بالغرور.

ولا یبعد أن یکون الحکم کذلک إذا مات الموکلّ ولم یعلم به الوکیل واستوفی القصاص، فإنّه یکون علیه الدیه ویرجع بها إلی ترکه المیت.

[٢] لا ینبغی التأمّل فی الحکم من لزوم تأخیر الاقتصاص إلی وضع الحمل، لأنّ

فإن ادّعت الحمل وشـهدت لها القوابل ثبت، وإن تجرّدت دعواها قيل: لا يؤخذ بقولها: لأنّ فيه دفعاً للولی عن السـلطان، ولو قيل يؤخذ كان أحوط وهل يجب علی الولی الصبر حتّی يسـتقلّ الولد بالإغتذاء؟ قيل: نعم، دفعاً لمشقّه اختلاف اللبن، والوجه تسليط الولی إن كـان للولـد مـا يعيش به من غير لبن الأم والتأخير إن لم يكن، ولو قتلت المرأه قصاصاً فبانت حاملاً فالـديه علی القاتل، ولو كان المباشر جاهلاً به وعلم الحاكم ضمن الحاكم.

الشَرح:

الاقتصاص من الحامل إسراف فی القتل واتلاف نفس أی الحمل بغير حقّ.

وأمّا إذا كان قبل ذلك من كون الحمل علقه أو مضـغه فمقتضـی إطلاق كلمات الأصـحاب عدم الفرق فی لزوم تأخير القصاص بينـه وبيـن الحمـل الـذی ولجتـه الروح، واسـتدلّ علی ذلـک بالروايـات الـدالّه علی تـأخير إجراء الحـدّ علی المريض والمجروح والمسـتحاضه، حيث يكون إجرائه مظنّه تلف النفس، بـل يجب تـأخير الاقتصاص بعـد وضع الحمل أيضاً إذا كان الطفل من غير الارتضاع من أمّه فی معرض التلف، وكذا إذا لم يوجد كافل له من غير أمّه.

ومـا ذكر ظـاهر مـا لو كـان الحمـل عنـد ولوج الروح أو كونه جنينـاً لحرمته، وأمّـا إذا كـان قبـل ذلک، ففی اسـتفاده الحكم من الروايات المشار إليها تأمّل، ولا يبعد دعوی الاطمينان بعدم الفرق، ولا أقلّ من كون التأخير أحوط علی الولیّ.

وقـد يقال بأنّه لا يبعد دعوی قبول قولها فی كونها حاملاً وإن لم تشـهد القوابل به إذا احتمل صدقها، فإنّ القبول مقتضـی اطلاق قوله سبحانه: «ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق اللّه فی أرحامهنّ»(۱) الملازم لقبول قولهنّ حتّی فی الحمل.

ولكن الآيه وارده فی المطلقات واحتمال الخصوصيه متحقّق، لأنّ دعوی

ص :۲۵۲

۱- (۱) سوره البقره: الآيه ۲۲۸.

التاسعه: لو قطع يد رجل ثمّ قتل آخر

التاسعه: لو قطع يد رجل ثمّ قتل آخر قطعناه أوّلاً ثمّ قتلناه[۱]

الشَرح:

الحمل عن المطلقّه الاخبار بكون عدتّها وضع حملها، فلا يمكن التعدّى.

نعم، روى الطبرسى فى مجمع البيان عن الصادق عليه السلام «فى قوله تعالى: «ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق اللّه فى أرحامهنّ» قال: قد فوضّ اللّه إلى النساء ثلاثه أشياء: الحيض والطهر والحمل»(۱)، ولكنّها مرسله لا يمكن الاعتماد عليها.

وإذا اقتصّ الولى من المرأه فبان كونها حاملاً فإن كان ولجته الروح فمع جهله بالحال يكون الديه على عاقلته على المنسوب إلى المشهور، وقيل بأنّه يكون الديه على المباشر، لأنّ قتل الأم إتلاف للحمل المفروض ولوج الروح فيه، وحيث إنّه كان جاهلاً بالحال يكون إتلافه موجباً لضمانه الديه.

وكذا يضمن الديه للتلف إذا كان قبل ولوجه، بل حتّى لو كان علقه أو مضغه. نعم لو كان المباشر غير الولى وكان القتل بأمره يمكن أن يقال بجواز رجوعه إلى الولى لكونه غارّاً ولا يعتبر فى الرجوع إلى الغارّ علمه بالحال.

نعم لو كان ولى الدم الحاكم والمباشر مأذون منه يكون استقرار الضمان على بيت المال، لما دلّ على «أنّ خطأ القضاه فى بيت المال»، نعم لو فرض علم الحاكم بكونها حاملاً فاستقراره عليه لا على بيت المال، ولكن لا يخفى انّ إتلاف الأم أمر جايز لولى الدم والمفروض أنّه قصده خاصه ولم يلتفت ولم يقصد فعلاً يتعلّق بالحمل فاللازم أن يحسب القتل خطأً محضاً وتكون الديه على العاقله إلاّ أن يقال لا دليل فى ديه الجنين قبل ولوج الروح على العاقله حتّى فى الاتلاف بخطأ محض.

[۱] إن كان المراد أنّه يجب على وليّ يجب على وليّ المقتول أن يصبر إلى أن يستوفى الاقتصاص من قطع اليد، فالظاهر أنّه لا دليل عليه، لأنّ وليّ الدم له سلطنه على

۱- (۱) مجمع البيان: ۲: ۳۲۶.

وكذا لو بدأ بالقتل توصّلاً إلى استيفاء الحقّين، ولو سرى القطع فى المجنى عليه والحال هذه كان للولى نصف الديه من تركه الجانى[١] لأنّ قطع اليد بدل عن نصف الديه، وقيل: لا يجب فى تركه الجانى شىء، لأنّ الديه لا تثبت فى العمد إلاّ صلحاً، ولو قطع يديه فاقتصّ ثمّ سرت جراحه المجنىّ عليه جاز لوليّه القصاص فى النفس.

الشَرح:

الجانى بالاقتصاص من النفس.

نعم، يجوز للمجنى عليه الاقتصاص من يده المقطوعه، ولا يجوز لولى الدم الممانعه عنه، فإنّ للمجنى عليه حقّ الاقتصاص من يده المقطوعه مستقلاً كاستقلال ولى الدم فى الاقتصاص من النفس.

وبالجمله، ما يظهر من عباره الماتن من تعيّن الجمع بين الحقّين حتّى فيما إذا قتل واحداً ثمّ قطع يد شخص آخر بمعنى أنّه لا يجوز لولى الدم الاقتصاص من النفس أوّلاً لا يمكن المساعده عليه، وإلاّ كان اللازم أن لا يجوز له الاقتصاص إذا كان المجنى عليه قاصراً أو غائباً. وعلى كلّ، فإنّ اقتصّ الوليّ من الجانى قصاص النفس ففى رجوع المقطوع يده إلى ديه يده المقطوع من تركه الجانى كلام تقدّم فى قتل الواحد اثنين واقتصّ أحد الوليين من غير تراض من الولى الآخر.

[١] إذا قطع شخص يد الآخر عمداً وقتل رجلاً آخر، قطعت يده اقتصاصاً من قطعها وقتله وليّ الآخر قصاصاً من النفس.

ولو سرى جراحه المجنى عليه بقطع يده ومات، ففى المسأله أقوال:

أحدهما: ما اختاره الماتن قدس سره من أنّه يأخذ أولياء المقتول بالسرايه نصف الديه من تركه الجانى، حيث انّ الاقتصاص من الجانى بقطع يده بدل نصف الديه، فيكون عليه فى تركته نصف الديه، وقيل لا يكون على الجانى فى تركته شىء، لأنّ الثابت فى مورد

ولو قطع يهودى يد مسلم فاقتصّ المسلم ثمّ سرت جراحه المسلم كان للولى قتل الذمّى[١] ولو طالب بالديه كان له ديه المسلم لا ديه يد الذمّى وهى أربعمائه درهم، وكذا لو قطعت المرأه يد رجل فاقتصّ ثمّ سرت جراحته كان للولى القصاص، ولو طالب بالديه كان له ثلاثه أرباعها، ولو قطعت يديه ورجليه فاقتصّ ثمّ سرت جراحاته كان لوليّه القصاص فى النفس، وليس له الديه، لأنّه استوفى ما يقوم مقام الديه، وفى هذا كلّه تردّد، لأنّ للنفس ديه على انفرادها وما استوفاه وقع قصاصاً.

الشَرح:

الجنايه عمداً القصاص، والديه تثبت بالتراضى، وحيث انّه فات مورد القصاص بقتل الجانى من وليّ المقتول الآخر، لم يبق على الجانى شيء.

ولكن لا يخفى انّ هذا لقول يتمّ إذا قيل بأنّ سرايه الجراحه الوارده عمداً يوجب قصاص النفس مطلقاً، ولو كانت السرايه اتفاقيه ولم يقصد الجانى القتل بجنايته، وأمّا بناءً على ما تقدّم من أنّ القصاص من النفس على الجانى يثبت فى مورد غالبيه السرايه أو قصده القتل فالثابت فى الفرض تمام الديه على الجانى، فيخرج من تركته وقطع يده أوّلاً قصاص من جنايته العمديه وليس بدلاً عن نصف الديه، فيتعيّن فى المقام القول الثالث، وهو ثبوت الديه الكامله على الجانى فى تركته كما اختاره العلامه فى القواعد ووجهّه فى المسالك بل نسبه فى كشف اللّثام إلى المشهور.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا قطع الجانى يدى آخر واقتصّ منه بقطع يديه، ثمّ سرت جراحه المجنى عليه ومات، فإنّه إذا كان الجانى قاصداً القتل أو كان الجراحه ساريه عادةً، يتعلّق عليه القصاص بالنفس والاقتصاص بقطع يديه، مع عدم حصوله وان يدخل فى قصاص النفس ولكن مع حصوله أوّلاً ـ غير مضمونه، وإن لم تكن ساريه فى الغالب ولم يقصد بها القتل يتعلّق على الجانى ديه النفس، واللّه العالم.

[١] المحكى عن الشيخ قدس سره أنّه لو قطع ذمى يد المسلم فاقتصّ المسلم منه بقطع

....

الشَرح:

یـد الـذمی ثمّ سـرت جراحه المسـلم ومـات، یجوز لولیّ المسـلم قتـل الـذمّی قصاصاً من النفس وأنّه یجوز للولی مطالبه الـذمّی الجانی بدیه النفس، یعنی دیه نفس المسـلم، ولکن یستثنی من دیه نفسه مقدار دیه ید الذمی التی هی أربعمائه درهم نصف دیه نفس الذمی ودیته ثمانمائه درهم علی ما تقدّم.

وقال أیضاً: بأنّ الحال کذلک لو قطعت امرأه ید رجل مسلم قطع المسلم یدها قصاصاً ثمّ سرت جراحه الرجل المسلم فمات، فإنّ لولیّ الرجل المسـلم قتل المرأه قصاصاً من النفس ویجوز له مطالبتها بـدیّه نفس الرجل ویکون له ثلاث أرباع دیه النفس ینقص دیه یـد المرأه الجـانیه التی نصف دیه نفس المرأه ویظهر من ذلـک أنّه لو قطعت یـدی الرجـل ورجلیه فاقتصّ المجنی علیه منها بقطع یـدیها ورجلیها ثمّ مات الرجل المجنی علیه بالسـرایه کان لولیّه القصاص من المرأه نفساً، ولیس للولی مطالبتها بالدیه، لأنّه اسـتوفی تمام ما یقوم مقام الـدیه. وکـذا الحال إذا قطع رجل یدی رجل آخر فاقتصّ المجنی علیه من الجانی بقطع یدیه ثمّ مات المجنی علیه بالسرایه، فإنّ لولیّه القصاص من الجانی نفساً، ولکن لیس له مطالبه الدیه، لأنّ بدل الدیه استوفی بقطع یدیه أوّلاً.

وقـال قـدس سـره فی آخر کلامه: أنّه لیس فی البین قتـل یوجب القصـاص ویعفی عنه فی مقابـل المـال إلاّ هـذه المسأله. وذکر المـاتن قـدس سـره انّ مـا ذکره الشـیخ کلّه فی المقام غیر ثابت، لأنّ السـرایه جنایه قتل النفس أی جنایه أخری موجبه للقصاص ولها دیه النفس، وما اسـتوفی المجنی علیه عن جنایه سابقه غیر مضـمونه علی المقتصّ المجنی علیه، فلا یقام ذلک الاقتصاص لا مقام بعض دیه النفس ولا فی مقام تمامها.

العاشره: إذا هلك قاتل العمد

العاشـره: إذا هلك قاتل العمد سـقط القصاص، وهل تسقط الديه[۱] قـال فى المبسوط: نعم، وتردّد فى الخلاـف، وفى روايه أبى بصير: إذا هرب ولم يقدر عليه حتّى مات أخذت من ماله وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب.

الشَرح:

أقول: فى كلام الشـيخ قدس سـره موارد للنظر، فإنّه لو قطع الذمى يد المسلم فاقتصّ من الذمى ثمّ مات المسلم بالسرايه، فإن قلنا بأنّ السـرايه فى الجروح يحسب قتلاً عمـدياً فاللازم أن يـدفع الذمى وأمواله إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوه وتملّكوا أمواله، وإن شاؤوا استرقّوه، فأخذ ديه المسـلم منه إلاّ مقدار ديه يده المقطوعه، أى أربعمائه درهم، لا يناسب الحكم، وإن حسب السرايه قتلاً شـبه عمـد كما ذكرنا فيؤخـذ تمام ديه المسـلم وقطع يـده من قبل اقتصاصاً لا يترتبط بديه النفس الثابته بالموت، فإنّ الموت جنايه أخرى غير عمديه.

وأيضاً ما ذكره ولو طالب بالديه يكون له ديه المسلم إلاّ ديه الذمى، لو كان نقص الديه لضمان المجنى عليه قطع يده لوقوعه فى غير محلّه مع السرايه فاللازم دفع ديه يده إذا أراد ولىّ المسلم الاقتصاص من النفس.

وكـذا فيما ظاهر كلامه انّ الولى مخيّر فى هـذه الموارد بين القصاص ومطالبه الـديه، فإنّه فى موارد ثبوت القصاص للولى تكون مطالبه الـديه بالتراضـى لا بالقهر، ومع التراضـى على الدّيه يكون المقدار الناقص عن الدّيه أو الزايد عنه تابعاً للتراضـى لا بالقهر، وعلى كلّ حال فقد ظهر مما ذكرنا سابقاً انّ مجرّد السـرايه لا تحسب قتلاً عمديّاً بل يكون الموت معها من قتل شبه العمد وتثبت ديه النفس.

[۱] يسـتدلّ على ثبوت الـديه بمـا دلّ من قولهم عليهم السـلام «لاـ يبطل دم امرء مسـلم». وبما دلّ على ثبوت الـديه فيمن قطع يد الأخر وليس له يـد، وبروايه أبى بصـير قال: «سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه، قال: إن كان

الحادیه عشره: لو اقتصّ من قاطع الید

الحادیه عشره: لو اقتصّ من قاطع الید ثمّ مات المجنی علیه بالسرایه ثمّ الجانی وقع القصاص بالسرایه موقعه[۱]، وکذا لو قطع یده ثمّ قتله فقطع الولی یـد الجانی ثمّ سـرت إلی نفسه، أمّا لو سـری القطع إلی الجانی أوّلاً ثمّ سـری قطع المجنی علیه لم یقع سـرایه الجانی قصاصاً لأنّها حاصله قبل سرایه المجنی علیه فکانت هدراً.

الشَرح:

له مـات أخـذت الـدیه من مـاله وإلاّ ـ فمن الأقـرب والأقـرب، وإن لم یکن له قرابه أدّاه الإمـام علیه السـلام فـإنّه لا یبطل دم امرء مسلم»(۱).

وصـحیحه ابن أبی نصـر عن أبی جعفر علیه السلام «فی رجل قتل رجلًا عمداً ثمّ فرّ فلم یقدر علیه حتّی مات قال: إن کان له مال أخذ منه وإلاّ أخذ من الأقرب فالأقرب(۲).

وقد یناقش بأنّ ما ورد فی عدم بطلان دم أمرء مسـلم لا یدلّ علی ثبوت الدیه فی ترکه الجانی، وروایه أبی بصیر وارده فی هرب الجـانی حیث یحتمـل أنّ أخـذه من مـاله عقوبه علی فراره ومـا فی ذیلهـا من التعلیـل نـاظر إلی أداء الإمام لا علی کونها فی مال الجانی، والأخذ من العاقله وروایه البزنطی خالیه عن التعلیل.

[۱] ذکر جمـاعه أنّه لو اقتصّ المجنی علیه من قاطع یـده ثمّ مات المجنی علیه بالسـرایه ثمّ مات الجانی أیضاً بسـرایه جراحه قطع یده وقع موته بالسـرایه موضع الاقصاص فی النفس فلا یکون فی ترکته دیه لأولیاء المجنی علیه حتّی بناءً علی الانتقال إلی الدیه من ترکه الجانی مع عدم إمکان الاقتصاص لموته، بل ذکر عدم الخلاف فی ذلک.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحدیث ۱: ۳۰۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحدیث ۳: ۳۰۳.

....

الشَرح:

وأمّـا إذا مـات الجـانى أوّلاًـ ثمّ مـات المجنى عليه بالسـرايه يكون المورد من موارد انتفـاء موضع القصـاص ويجيى ء فيه احتمال رجوع أولياء المجنى عليه فى ديته من تركه الجانى، لأنّه فى الفرض لا يكون موت الجاى قصاصاً بل يكون هدراً، فإنّه يتعلّق حقّ القصاص لأولياء المجنى عليه بعد موته.

أقول: الظاهر عـدم الفرق بين الصورتين، فإنّ موت الجانى بالسـرايه بعد موت المجنى عليه لا يعدّ قصاصاً من نفس المجنى عليه، فإنّ القصاص من نفس المجنى عليه يثبت لأولياء المجنى عليه لا للمجنى عليه، وسـرايه جراحه الجانى غير مضـمونه على المجنى عليه ليكون فى البين تهاتر.

والمتعيّن فى المقـام أن يقـال: إن كان قصـد كلّ من الجانى والمجنى من القطع القتل أو كانت الجراحتان مما يقتل عادةً لا يبقى مع موتهمـا مورد الاقتصـاص ويقع التهاتر فى مطالبه الـديه بناءً على وصول النوبه إلى الـديه مع فوت مورد القصاص، وأمّا إذا لم يكن قصدهما القتل ولم تكن الجراحه مما تقتل عادةً تثبت فى مال الجانى الديه بلا فرق بين موته أوّلًا بالسـرايه أو موت المجنى عليه كـذلك، لأنّ سـرايه جراحته غير مضـمونهٍ على المجنى عليه بخلاف موت المجنى عليه بسـرايه جراحته فإنّها مضـمونه على الجانى، فإنّ السرايه فى الحدود والقصاص هدر.

ودعـوى أنّ أوليـاء المجنى عليه يرجعون إلى نصف الـديه، لأـنّ النصف الآـخر اسـتوفى ببـدله بقطع المجنى عليه يـد الجـانى، لا يمكن المساعـده عليهـا، لأـنّ القطع لاـ يكون استيفـاءً من ديه النفس. نعم بنـاءً على أنّ الـديه لا تثبت بفوت مورد القصاص، فلا يكون لأولياء المجنى عليه أيضاً ديه فى مال الجانى إذا كان قصد الجانى القتل أو

الثانیه عشر: لو قطع ید إنسان فعفا المقطوع

الثانیه عشر: لو قطع ید إنسان فعفا المقطوع[۱]، ثمّ قتله القاطع، فللولی القصاص فی النفس بعد ردّ دیه الید، وکذا لو قتل مقطوع الید قتل بعد أن یرد علیه دیه یده إن کان المجنی علیه أخذ دیتها أو قطعت فی قصاص ولو کانت قطعت من

الشَرح:

کانت حراحته قاتلهً.

[۱] ظاهره کون المراد ما إذا قطع الجانی ید الآخر عمداً فعفی المجنی علیه الجانی عن جنایته التی هی قطع الید، ثمّ قتل الجانی المجنی علیه عمداً، یثبت لأولیاء المجنی علیه الاقتصاص من الجانی فی النفس بعد ردّ دیه الید علیه، وقد تقدّم أنّ الجنایه علی المجنی علیه بقتله جنایه أخری غیر الجنایه التی بقطع یده أوّلاً ومقتضی القاعده أن یکون للأولیاء القصاص فی النفس من الجانی من غیر ردّ دیه الید، حیث انّ القصاص من الید لا ـ یدخل فی القصاص من النفس إذا کان کلّ منهما بجنایه مستقلّه، ولکن المحکی عن المشهور علی ما قیل الالتزام بما ذکره الماتن قدس سره مستنداً إلی روایه سوره بن کلیب عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سئل عن رجل قتل رجلاً عمداً وکان المقتول أقطع الید الیمنی فقال: إن کانت قطعت یده فی جنایه جناها علی نفسه أو کان قطع فأخذ دیه یده من الذی قطعها فإن أراد أولیاؤه أن یقتلوا قاتله أدّوا إلی أولیاء قاتله دیه یده الذی قید منها إن کان أخذ دیه یده ویقتلوه، وإن شاؤوا طرحوا عنه دیه ید وأخذوا الباقی، قال: وإن کانت یده قطعت فی غیر جنایه جناها علی نفسه ولا أخذ لها دیه قتلوا قاتله، ولا یغرم شیئاً، وإن شاؤوا أخذوا دیه کامله، قال: وهکذا وجدنا فی کتاب علی علیه السلام (۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۸۲.

غير جنايه ولا أخـذ لها ديه قتل القاتل من غير ردّ وهى روايه سوره بن كليب عن أبى عبـداللّه عليه السـلام وكذا لو قطع كفّاً بغير أصابع قطعت كفّه بعد ردّ ديه الأصابع[١].

الشَرح:

وهذه الروايه وإن تشتمل ما إذا كان قاطع يد المقتول قاتله، ولكنها لا تقتضى ردّ الديه فى صوره عفو المقطوع عن جنايته مطلقاً، فإنّ ظاهر أخـذ الـديه استيفائها، ففى فرض كون قطع اليـد اقتصاصاً من الجنايه أو أخـذ الديه على يده المقطوعه يتعلّق على قاتله الاقتصاص فى النفس بعد ردّ ديه اليد عليه، ولكن سوره بن كليب لم يثبت له توثيق والمدح المنقول فى حقّه ضعيف سنداً، فرفع اليد عن القاعده بها لا يخلو عن التأمّل والإشكال.

ومما ذكر يظهر الحال فيما ذكر الماتن قـدس سره وكـذا لو قتل مقطوع اليـد بعد أن يرد عليه ديه اليد إن كان المجنى عليه أخذ ديّتها أو قطعت فى قصاص ولو كانت قطعت فى غير جنايه ولا أخذ لها ديه قتل.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا قطع الكفّ ممّن قطع أصابعه فى جنايه أو أخذ الديه عليها.

[١] والمسـتند فى ذلـك روايه الحسن بن العباس عن الجريش عن أبى جعفر الثانى قال: «قال أبو جعفر الأول لعبـداللّه بن عباس: يـابن عبـاس انشـدك اللّه هـل فى حكم اللّه اختلاـف؟ قـال فقـال: لاـ، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسـيف حتّى سقطت فـذهبت، وأتى رجل آخر فأطار كفّ يـده فأتى به إليك وأنت قاض كيف أنت صانع؟ قال: أقول لهذا القاطع: أعطه ديه كفّه، وأقول لهـذا المقطوع: صـالحه على ما شـئت، وابعث إليهما ذوى عـدل. فقال له: قـد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضـت القول الأول، أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى

ولو ضرب[۱] ولی الدم الجانی قصاصاً وترکه ظنّاً أنّه قتله وکان به رمق فعالج نفسه وبری ء لم یکن للولی القصاص فی النفس حتّی یقتصّ منه بالجراحه أوّلاً الشَرح:

الأرض، اقطع ید قاطع الکفّ أصلاً ثمّ اعطه دیه الأصابع هذا حکم اللّه»(۱).

وفی السند ضعف بسهل بن زیاد والحسن بن العباس ومقتضی القاعده ثبوت القصاص فی قطع الکفّ من غیر ردّ الدیه بلا فرق بین أخذ المقطوع دیه أصابعه أو اقتصّ منها أم لا ، ولذا لو کان قاطع الکفّ قاطعاً للأصابع أوّلاً ثمّ قطع کفّه کان للمجنی علیه العفو عن الجنایه علی الأصابع والاقتصاص من الجنایه بقطع کفّه من غیر ردّ الدیه.

[۱] ذکر قدس سره أنّه إذا ضرب ولیّ المقتول ظلماً القاتل حتّی ترکه اعتقاداً أنّه قتل ولکن کان فی الجانی رمق فعالج نفسه وبرأ لم یکن للولیّ المزبور قتله ثانیاً حتّی یقتصّ الجانی منه بالجراحه التی أوقعها علیه أوّلاً.

ویدلّ علی ذلک مرسله أبان بن عثمان أخبره عن أحدهما علیه السلام قال: «أتی عمر بن الخطاب برجل قد قتل أخا رجل فدفعه إلیه وأمره بقتله، فضربه الرجل حتی رأی أنّه قد قتله، فحمل إلی منزله فوجدوا به رمقاً فعالجوه فبرء فلما خرج أخذه أخو المقتول الأول فقال أنت قاتل أخی، ولی أن أقتلک، فقال: فقد قتلتنی مرّه، فانطلق به إلی عمر فأمر بقتله، فخرج وهو یقول: واللّه قتلتنی مرّه، فمرّوا علی أمیر المؤمنین علیه السلام فأخبره خبره فقال: لا تعجل حتّی أخرج إلیک، فدخل علی عمر فقال: لیس الحکم فیه هکذا فقال: ما هو یا أبا الحسن؟ فقال: یقتصّ هذا من أخی المقتول الأول ما صنع به أوّلاً ثمّ یقتله بأخیه، فنظر الرجل أنّه إن اقتصّ من أتی علی نفسه فعفا عنه وتتارکا»(۲).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب القصا فی الطرف، الحدیث ۱: ۱۲۹.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۹۴.

وهذه روايه أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أحدهما عليهماالسـلام وفی أبان ضعف مع إرساله السند، والأقرب أنّه إن ضربه الولی بما ليس له الاقتصاص به اقتصّ منه وإلاّ كان له قتله، كما لو ظنّ أنّه أبان عنقه ثمّ تبين خلاف ظنّه بعد انصـلاحه فهذا له قتله ولا يقتصّ من الولی، لأنّه فعل سائغ.

الشَرح:

وهذه الرايه مع إرسالها لم يقيّد بصوره ما ليس الاقتصاص به، بل إطلاقها يقتضی عدم الفرق بين الصورتين مع أنّ أخذ القصاص من الولی المفروض أنّه قصد القتل كان استيفاءً لحقّه لا ينطبق علی القواعد.

والأظهر أنّه إذا كـان ضـرب الولی بما ليس له الاقتصاص به فليس له القصاص من الجانی إلاّ بعـد اقتصاص الجانی من الجراحه التی أوردها عليه أوّلًا، فإنّ الجراحه المزبوره لم تكن قتلًا ليقال أنّه تعـدّی فی كيفيه استيفاء حقّه فيسـتحقّ التعزير، كما تقـدّم فی تعـدّی الولی فی كيفيه الاقتصـاص من الجانی. وأمّا إذا كان ضـربه بما له الاقتصاص به فله الاقتصاص من الجانی ثانياً بقتله، غايه الأمر جنايته علی الجانی أوّلاً جنايه خطأ يكون عليه الديه أو الارش.

* * *

القسم الثانی: فی قصاص الطرف

الموجب

ویشترط فی جواز الاقتصاص

وموجبه الجنایه بما یتلف العضو غالباً أو الإتلاف بما قد یتلف لا غالباً مع قصد الاتلاف[۱]، ویشترط فی جواز الاقتصاص التساوی فی الإسلام والحرّیه، أو یکون المجنی علیه أکمل فیقتصّ للرجل من المرأه ولا یؤخذ الفضل، ویقتصّ لها منه بعد ردّ التفاوت فی النفس أو الطرف، ویقتصّ للذمی من الذمی ولا یقتصّ له من مسلم، وللحرّ من العبد، ولا یقتص للعبد من الحرّ، کما لا یقتصّ له فی النفس.

الشَرح:

[۱] المراد من الطرف: العضو، سواء کان العضو من الأعضاء المعروفه من أجزاء الجسد، کالید والرجل والأنف ونحوها، أم لا ، کالجرح فی الظهر والبطن. وقد تقدّم أنّ الموجب للقصاص هی الجنایه عمداً، ویکون الجنایه العمدی فی الطرف بما یتلف العضو غالباً، أو یتلف العضو اتفاقاً، ولکن کان بقصد اتلافه، وقد ذکر سبحانه فی قوله «وکتبنا علیهم فیها أنّ النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص» الآیه (۱).

وقد وردت الروایات فی القصاص من الطرف والجروح، ویأتی التعرّض لها فی المباحث الآتیه.

وقد ورد فی صحیحه إسحاق بن عمّار عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

....

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها»(۱)، ومثلها صحيحه الثانيه(۲).

وبالجمله القصاص فی الطرف یثبت مع الجنایه علیه عمداً، وأمّا إذا کان من شبه العمد أو الخطأ المحض فیثبت الدیه علی ما مرّ فی الجنایه علی النفس.

وکما یعتبر بعض الأمور فی القصاص فی النفس من التساوی فی الإسلام والحرّیه أو کان المجنی علیه مسلماً أو حرّاً وهو المراد بقول الماتن «أو یکون المجنی علیه أکمل» فکذلک یثبت ذلک فی القصاص فی الطرف.

وأمّا اشتراط التساوی فی الدّین بمعنی أنّه إن جنی الذمّی ونحوه علی المسلم یقتصّ منه، وأمّا إذا جرح المسلم الذمّی ونحوه لا یقتصّ من المسلم فیدلّ علیه فی الجنایه علی الأطراف صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یقاد مسلم بذمّی فی القتل ولا فی الجراحات، ولکن یؤخذ من المسلم جنایته للذمّی علی قدر دیه الذمی ثمانمائه درهم»(۳).

ولکن فی صحیحه أبی بصیر قال: «سألته عن ذمّی قطع ید مسلم، قال: تقطع یده إن شاء أولیائه ویأخذون فضل ما بین الدیتین، وإن قطع المسلم ید المعاهد خیّر أولیاء المعاهد فإن شاؤوا أخذوا دیه یده وإن شاؤوا قطعوا ید المسلم وأدّوا إلیه فضل ما بین الدیتین، وإذا قتله المسلم صنع کذلک»(۴). ولکنّ الروایه مضمره ومضمونها مما

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۳: ۱۳۲.
۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۵: ۱۳۳.
۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۸ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۱: ۱۲۷.
۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۱: ۱۳۸.

....

الشَرح:

لا يمكن الأخذ به، فإنّ أمر القصاص فى الطرف بيد المجنى عليه لا أوليائه سواء كانت على مسلم أو على ذمّى، مع أنّ المسلم إذا اقتصّ من الذمى بقطع يده لا يكون له فضل ما بين الديتين، كما هو الحال فى الاقتصاص من الذمّى فى النفس.

وعن بعض الأصحاب حملها على صوره الاعتياد.

وفيه مع أنّه شاهد للحمل المزبور، ففى تلك الصوره أيضاً لا يكون الأمر بيد الأولياء.

وأمّا التساوى فى الحرّيه بمعنى أنّه يقتصّ من العبد بالحرّ فى الجنايه على الطرف ولا يقتصّ من الحرّ بجنايته على العبد فى الطرف كما فى الجنايه على النفس فيدلّ عليه صحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى عبد جرح حرّاً فقال: إن شاء الحر اقتصّ منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجنايه تحيط برقبته، وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه، فإن أبى مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجروح من العبد بقدر ديه جراحه والباقى للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه ويردّ الباقى على المولى»(١).

نعم، وان يتعيّن القصاص فى مورد الجنايه عمداً ومطالبه غيره يتوقّف على التراضى إلاّ أنّه يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على تعيّن القصاص فى مورد جنايه العبد على الحرّ كما هو ظاهر الصحيحه.

ولا يقتصّ من الحرّ بالعبد بلا خلاف من غير فرق بين القصاص فى النفس والطرف، كما يدلّ على ذلك ما فى صحيحه أبى ولّاد الحنّاط عن أبى عبداللّه عليه السلام . . . «ولا تقاص بين المكاتب وبين العبد إذا كان المكاتب قد أدّى من مكاتبته شيئاً، فإن لم

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١: ١٢۴.

....

الشَرح:

يكن أدّى من مكاتبه شيئاً فإنّه يقاص العبد به أو يغرّم المولى كلّ ما جنى المكاتب، لأنّه عبده ما لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً»(۱)، فإنّه إذا تحررّ بعض العبد لم بجز الاقتصاص منه للعبد، ففى الحرّ المطلق يكون بالأولويه.

ويمكن الاستدلال على ذلک بما ورد فى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام قال: «ليس بين العبيد والأحرار قصاص فيما دون النفس» (۲)، وفى روايه مسمع بن عبدالملک عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه «يقاص من أمّ الولد للمماليک ولا قصاص بين الحرّ والعبد»(۳).

ثمّ أنّه كما يكون لأولياء المرأه المقتوله الاقتصاص لها فى النفس من الرجل القاتل ولكن بعد ردّ نصف الديه ولأولياء الرجل المقتول القصاص له من المرأه القاتله من غير أخذ الفضل كذلک الحال فى القصاص فى الطرف، فيقتصّ الرجل المجنى عليه من المرأه الجانيه فى الطرف من غير أخذ الفضل وتقتصّ المرأه المجنى عليها من الرجل الجانى فى الطرف ولكن بعد ردّ نصف الديه عليه.

ويشهد لذلک - مع أنّ الحكم متسالم عليه عن الأصحاب صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل فقأ عين امرأه فقال: إن شاؤوا أن يفقؤا عينه ويؤدّوا إليه ربع الديه وإن شائت أن تأخذ ربع الديه، وقال فى امرأه فقأت عين رجل أنّه إن شاء فقأ عينها وإلّا أخذ ديه عينه»(۴)، مضافاً إلى ما تقدّم من الروايات الدالّه على انّ الجانى لا يجنى

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۶ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۷۸.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۳: ۱۳۹.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۳ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۷۶.

۴- (۴) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۴.

....

الشَرح:

أكثر من نفسه.

نعم بما أنّ المرأه تعادل الرجل فى الديه إلى أن يبلغ الثلث أو جاوز الثلث لا يكون فى اقتصاص المرأه المجنى عليها عن الرجل الجانى ردّ الديه ما لم يبلغ ديه الجراحه الثلث أو ما لم يتجاوز الثلث.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جراحات الرجال والنساء سواء، سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، واصبع المرأه باصبع الرجل، حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعفّت ديه الرجل على ديه المرأه»(١).

ونحوها صحيحه جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه بينها وبين الرجل قصاص، قال: «نعم فى الجراحات حتّى تبلغ الثلث سواء، فإذا بلغت الثلث سواء ارتفع الرجل وسفلت المرأه»(٢).

وفى صحيحه الحلبى قال: «سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن جراحات الرجال والنساء فى الديات والقصاص السنّ بالسنّ والشجّه بالشجّه والاصبع بالاصبع سواء حتّى تبلغ الجراحات ثلث الديه فإذا جازت الثلث صيرّت ديه الرجال فى الجراحات ثلثى الديه وديه النساء ثلث الديه»(٣).

وفى مقابل كلّ ذلک موثقه زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال: «ليس بين

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١: ١٢٢.

٢- (٢) الوسائل: ج ١٩، الباب ١ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٣: ١٢٢.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ١ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٦: ١٢٣.

قطع الید

وللتساوی فی السلامه، فلا تقطع الید الصحیحه بالشلّاء ولو بذلها الجانی، وتقطع الشلّاء بالصحیحه[۱].

الشَرح:

الرجال والنساء قصاص إلّا فی النفس»(۱)، وقد حمل هذه الموثقه علی عدم التساوی فی القصاص وعدم ثبوت القصاص من غیر ردّ.

ولکن هذا الحمل لا ـ یناسب الاستثناء، فإنّ فی الاقتصاص فی النفس أیضاً لا یجوز الاقتصاص لأولیاء المرأه من الرجل من غیر ردّ.

والظاهر أنّ الروایه شاذّه لا عامل بها، ومع الاغماض یؤخذ بالروایات المتقدّمه لموافقتها لظاهر الکتاب «انّ النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص»(۲).

ثمّ انّ الوارد فی الروایات المساواه فی القصاص حتّی یبلغ ثلث الدیه، یعنی دیه النفس، ولکن فی معتبره ابن ابی یعفور قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قطع اصبع امرأه قال: تقطع اصبعه حتّی تنتهی إلی ثلث المرأه فإذا جاز الثلث أضعف الرجل»(۳)، وظاهرها اختصاص القصاص من غیر ردّ بصوره تجاوز الثلث، ولکن لابدّ مع اختلاف بین الطائفتین فی هذه الجهه الرجوع إلی ما دلّ علی أنّ دیه المرأه نصف دیه الرجل، فیتعیّن الردّ فیما إذا بلغ الثلث، وإن لم یتجاوز.

[۱] المراد أنّه یعتبر فی ثبوت قصاص العضو أن یکون العضو من المجنی علیه مساویاً للعضو من الجانی إذا أراد المجنی علیه القصاص دون العکس، فیلزم علی ذلک أنّه لو قطع الجانی الید الشلاء من الآخر عمداً لا یجوز للمجنی علیه أن یقتصّ من

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۷: ۱۲۴.

۲- (۲) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۴: ۱۲۳.

....

الشَرح:

الجانی بقطع یده الصحیحه، بل ینتقل الأمر إلی أخذ الدیه بخلاف ما إذا قطع الشلاء الید الصحیحه من الآخر، فإنّه یجوز للأخر قطع الید الشلاء من الجانی.

وقد ذکر فی الجواهر(۱) اعتبار المماثله کذلک فی الشلل والمحلّ والاصاله والزیاده ونفی عنه الخلاف وقال عدم جواز قطع الید الصحیحه بالید الشلاء مفروغ منه عندهم.

ویستدلّ علی ذلک بروایه سلیمان بن خالد عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی رجل قطع ید شلاء قال: علیه ثلث الدیه» (۲) بدعوی انّ اطلاقها یعمّ ما إذا کان قطعها عمدیّاً أم لا ، ومقتضی ثبوت ثلث الدیه فی الصورتین عدم مشروعیّه القصاص، وعلیه فلو بذل الجانی الید الصحیحه للاقتصاص لم یجز للمجنی علیه الاقتصاص، بل له أخذ دیه یده الشلّاء.

ویضاف إلی ذلک قوله سبحانه «فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم»(۳) بناءً علی کون المراد المماثله فی المعتدی به.

ولکن قد یناقش فی الحکم بضعف الروایه سنداً، فإنّ من رجال السند حماد بن زید (زیاد) ولم یثبت له توثیق، ولا أنّه من المعاریف الذین لم یرد فیهم قدح، وروایه ابن محبوب لا یفید شیئاً، مضافاً إلی إطلاق قوله سبحانه«الجروح قصاص»(۴)، والنسبه

۱- (۱) جواهر الکلام: ۴۲/۳۴۸.

۲- (۲)الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱: ۲۵۳.

۳- (۳) سوره البقره: الآیه ۱۹۴.

۴- (۴) سوره المائده: الآیه ۴۵.

....

الشَرح:

بين الآيه والروايه وإن كانت العموم من وجه لشمول الجروح فى الآيه إلى غير قطع اليد وشمول الروايه لصوره قطع اليد الشلّاء خطأً، إلّا أنّه لا اعتبار لاطلاق الروايه عند المعارضه مع اطلاق الآيه وقوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(۱) وقوله «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم»(۲) ظاهرهما المماثله فى أصل الاعتداء والعقاب، بحيث يصدق عليه القصاص لا الاعتداء والظلم.

وقد يستدلّ على الحكم بروايه الحسن بن صالح، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن عبد قطع يد رجل حرّ وله ثلاث أصابع من يده شلل، فقال: وما قيمه العبد؟ قلت: اجعلها ما شئت، قال: إن كان قيمه العبد أكثر من ديه الاصبعين الصحيحتين والثلاث الاصابع الشلل ردّ الذى قطعت يده على مولى العبد ما فضل من القيمه وأخذ العبد، وإن شاء أخذ قيمه الاصبعين الصحيحتين والثلاث الأصابع الشلل، قلت: وكم قيمه الاصبعين الصحيحتين مع الكفّ والثلاث أصابع الشلل قال: قيمه الاصبعين الصحيحتين مع الكف ألفا درهمٍ وقيمه الثلاث اصابع الشلّل مع الكف الف درهم لانها على الثلث من ديه «وان كانت الصحاح» قال قيمه العبد أقلّ من ديه الأصبعين الصحيحتين والثلاث الأصابع الشلل دفع العبد إلى الذى قطعت يده أو يفتديه مولاه ويأخذ العبد»(۳). ووجه الاستدلال أنّ مقتضاها عدم جواز قطع يد العبد قصاصاً ويتعيّن أخذ العبد أو ديه جنايته.

ولكن مضافاً إلى ضعف سنده يجرى فيه ما تقدّم فى روايه سليمان بن خالد من كونهاناظره إلى بيان الديه إذا كان يد المجنى عليه شلّاء أو بعض أصابعه كذلك، وليست

۱- (۱) سوره البقره: الآيه ۱۹۴.

۲- (۲) سوره النحل: الآيه ۱۲۶.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲: ۲۵۳.

إلّا أن يحكم أهل الخبره أنها لا تنحسم[۱] فيعدل إلى الديه تفصيّاً من خطر السرايه.

الشَرح:

فی مقام نفی القصاص إذا أراد المجنی علیه الاقتصاص من الجانی الذی یده شلّاء، وبالجمله الروایتان نظیر صحیحه الحلبی الوارده فی بیان کمیّه الدیه فی قطع الید الشلّاء لا نفی القصاص فی موردها إذا کان للجانی الید الصحیحه عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی الرجل یکسر ظهره قال: فیه الدیه کامله، وفی العینین الدیه، وفی أحدهما نصف الدیه، وفی الأذنین الدیه، وفی أحدهما نصف الدیه، وفی الذکر إذا قطعت الحشفه وما فوق الدیه، وفی الأنف إذ قطع المارن الدیه، وفی الشفتین الدیه»(۱)، فإنّ بیان الدیه فی الصحیحه مع ثبوت القصاص فی مثل قلع العین وفقأها لا ینافی ما ورد فیها من بیان کمیه دیتها.

ثمّ انّ المراد بالشلل یبس الید بحیث لا تعمل، وأن یکون لها حسّ أو حرکه ضعیفه، وأمّا عدم سلامه الید من ناحیه غیر الشلل لا یوجب سقوط الاقتصاص کما هو مقتضی الاطلاق فی قوله تعالی «والجروح قصاص»(۲)، فیقطع الید القویّه اقتصاصاً من قطع صاحبها الید الضعیفه من الآخر عمداً، واللّه العالم.

[۱] المراد إحراز انّ القصاص من الجانی بقطع یده الشلّاء یوجب هلاکه لسرایته إلى نفسه، وحیث لا یجوز إتلاف نفس الجانی ینتقل الأمر إلى الدیه على ما یستفاد مما ورد فی موارد متعدّده من أنّه مع المحذور فی القصاص ینتقل الأمر إلى الدیه.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴: ۲۱۵.

۲- (۲) سوره المائده: الآیه ۴۵.

وتقطع اليمين باليمين[۱] فإن لم يكن يمين قطعت بها يسراه ولو لم يكن يمين ولا يسار قطعت رجله استناداً إلى الروايه، وكذا لو قطع أيدی جماعه علی التعاقب قطعت يداه ورجلاه بالأول فالأول وكان لمن يبقی الديه.

الشَرح:

[۱] لأنّ مع وجود اليد المماثله من جهه الطرف يكون الجزاء بالمثل، الاقتصاص بالعضو المماثل فی الطرف، وهذا بخلاف ما لم يكن للجانی، المماثل فی الطرف، فإنّ الاقتصاص بغير المماثل فی الطرف يعدّ جزاءً بالمثل.

ويدلّ علی ذلک ما ورد فی صحيحه محمد بن قيس قال: «قلت لأبی جعفر عليه السلام أعور فقأ عين صحيح فقال: تفقأ عينه، قال: قلت: يبقی أعمی، قال: الحقّ أعماه»(۱). فإنّ الاطلاق فی الجواب يقتضی عدم الفرق بين أن يكون عينه الصحيحه التی تفقأ مماثلاً مع جنايته فی المحلّ وعدمه.

ويدلّ علی ذلک أيضاً الصحيح عن حبيب السجستانی قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين، قال: «يا حبيب تقطع يمينه للذی قطع يمينه أوّلاً وتقطع يساره للذی قطع يمينه أخيراً، لأنّه إنّما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول، قال: فقلت: إنّ علياً كان يقطع اليد اليمنی والرجل اليسری؟ فقال: إنّما كان يفعل ذلک فی ما يجب من حقوق اللّه، فأمّا يا حبيب حقوق المسلمين فإنّه يؤخذ لهم حقوقهم فی القصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد(يدان) والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد، فقلت له: أو ما تجب عليه الديه وتترک له رجله؟ فقال: إنّما تجب عليه الديه إذا قطع يد رجل وليس للقاطع يد ولا رجلان فثمّ تجب عليه الديه، لأنّه له جارحه يقاس منها»(۲).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۳۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۲ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۲: ۱۳۱.

ویعتبر التساوی بالمساحه فی الشجاج طولاً وعرضاً[۱]، ولا یعتبر نزولاً بل الشَرح:

ولکن فی سند الروایه ضعف حیث لم یثبت لحبیب توثیق ولا ـ مدح ولا ـ أنّه من المعاریف الذین لم یرد فیهم قدح، بل فی مدلولها أیضاً کلام، فإنّ مقتضی ذیلها أنّه إذا لم یکن له رجل یقتصّ من سایر أعضائه التی لها نصف الدیه، مع أنّه ذکر فیها مع عدم الرجل الانتقال إلی الدیه ولو کان المراد بالمماثل المماثل عضواً فلا یکون الرجل عضواً مماثلًا للید، ومقتضی ما تقدّم أنّه مع عدم الید ینتقل الأمر إلی الدیه.

ومما ورد فی صدر الروایه یظهر الحال فیما ذکر الماتن قدس سره : وکذا إذا قطع أیدی جماعه علی التعاقب قطعت یداه ورجلاه علی التعاقب بالأول فالأول وکان لمن یبقی الدیه.

وحیث ذکرنا ضعف الروایه فمقتضی القاعده انّ لکلّ من قطع یمینه فله الاقتصاص من یمینه إذا لم یقتصّ غیره قبله بقطع یمینه نظیر ما تقدّم فی قتل شخص عدّه أشخاص عمداً، وإذا اقتصّ غیره قبله من الجانی بقطع یمینه یقطع هو شماله وإذا لم یبق له یمین وشمال ینتقل الأمر إلی الدیه بالإضافه إلی الباقین، واللّه العالم.

[۱] هذا معروف بحسب کلمات الأصحاب ونفی عنه الخلاف بل یدعّی علیه التسالم بینهم فلا یقنع من الجراحه الواسطه وطولاً بالضیّقه ولا یقتصّ من الضیّقه بالواسعه. وصرّح غیر واحد منهم عدم اعتبار التساوی فی العمق بل المعتبر أن یصدق علی الجرح الذی یقع من المجنی علیه اقتصاصاً عنوان الجراحه التی اقتصّ منها بأن یصدق علیها عنوان الباضعه مثلاً ـ فیما کانت جراحه الجانی باضعه.

وذکروا فی وجه ما ذکر بعد ثبوت القصاص فی الجروح کما دلّ علیه الکتاب المجید والروایات اعتبار المماثله والعدل وعدم جواز الجور فی القصاص ومقتضاها اعتبار المساحه فی الجراحتین، وأمّا عدم اعتبارها فی العمق لاختلاف الرؤوس فی

عدم ثبوت القصاص فيما فيه تعزير

يراعى حصول اسم الشجّه لتفاوت الرؤوس فى السّمن، ولا يثبت القصاص فيما

الشَرح:

السمن وعدمه فلابدّ من رعايه الأسم والعنوان الخاص المنطبق على جراحه المجنى عليه فى الجراحه التى تقع قصاصاً.

وعلى الجمله، الاختلاف فى الرؤوس من حيث السمن كالاختلاف فى الأطراف من حيث الصغر والكبر، وكما لا يعتبر المساحه فى الأطراف فيقطع اليد الكبير باليد الصغير كذلك يقع الجراحه التى أكثر عمقاً قصاصاً من الجراحه التى أقلّ منها عمقاً بحسب المساحه مع رعايه صدق الاسم والاختلاف كذلك لا يوجب عدم صدق الاقتصاص المماثل وعدم التعدى فيه.

أقول: لازم اعتبار التساوى بين الجراحتين فى المساحه فيما كان رأس المجنى عليه كبيراً ورأس الجانى صغيراً أن يجرح مثلاً تمام رأس الجانى طولاً أو عرضاً فيما كانت مساحه رأسه طولاً أو عرضاً بمقدار طول الجراحه التى حصلت فى رأس المجنى عليه طولاً أو عرضاً ولو كانت مساحتها بالإضافه إلى رأسه الكبير بالنصف حتّى صرّح بعضهم لو كانت مساحتها أكثر من مساحه طول رأس الجانى أو عرضه لا ينزل فى الاقتصاص فى وجه الجانى أو قفأه بل يقتصر على مساحه رأسه ويؤخذ فى الزايد الديه، مثلاً فى الباضعه إذا كانت الجراحه المقتصّ بها ثلثى مساحه جراحه المجنى عليه يأخذ المجنى عليه ثلث الديه.

ولكن يمكن المساعده على ما ذكروه، فإنّه كما يلاحظ الجراحه فى العمق بحسب كلّ رأس لاختلاف الرؤوس وصدق المماثله مع صدق الاسم كذلك فى الجراحه بحسب المساحه، فإنّه إذا كانت جراحه المجنى عليه بحسبها ثلثى رأسه طولاً يتعيّن أن يكون جراحه الجانى أيضاً ثلثى مساحه رأسه.

فيه تعزير[۱] كالجائفه والمأمومه، وتثبت فی الحارصه والباضعه والسمحاق والموضحه وفی كلّ جرح لا تعزير فی أخذه وسلامه النفس معه غالبه، فلا يثبت فی الهاشمه ولا المنقّله ولا فی كسر شیء من العظام لتحقّق التعزير.

الشَرح:

[۱] قد ذكروا أنّه لا ـ يثبت القصاص فی الجراحه ونحوها، مما يكون تلف النفس أو تلف العضو فيه غالبياً، وعدم التعدّی فی الاقتصاص أمر نادر كما فی الهاشمه التی تهشم العظم أی تكسره، وإن لم يشتق حيث كون القصاص بحيث لا يتعدّی عن مقدار الجنايه أمر نادر، وكذا فی الجائفه، والمأمومه والمنقّله بل فی مطلق كسر العظام، ويدلّ علی ذلك روايه غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «ليس فی عظم قصاص»(۱).

ومقطوعه أبان انّ فی روايته: «الجائفه ما وقعت فی الجواب ليس لصاحبها قصاص إلّا الحكومه والمنقّله تنقل منها العظام وليس فيها قصاص إلّا الحكومه وفی المأمومه ثلث الديه ليس فيها قصاص إلّا الحكومه»(۲)، ونحوها روايه أبی حمزه(۳).

وعلی الجمله، إنّما جعلت القصاص حفظاً لسلامه الناس والمحافظه علی أمنهم بالتعدّی والجور عليهم وإذا استلزم القصاص التعدّی نوعاً فلا يثبت.

نعم، للمجنی عليه القصاص فی هذه الموارد بالأقلّ، حيث لا يكون فی الاقتصاص بالأقل تعزير ومطالبه الجانی بالأرش فی جنايته الزايده بالديه، وبتعبير آخر: إذا وقعت الجراحه عمداً كما هو المفروض فللمجنی عليه إذا كانت جراحته

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۴ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۴۰.

۲- (۲) الوشائل: ج ۱۹، الباب ۱۶ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۳۵.

۳- (۳) الوشائل: ج ۱۹، الباب ۱۶ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۲: ۱۳۵.

جواز القصاص قبل الاندمال

وهل يجوز الاقتصاص قبل الاندمال قال فی المبسوط: لا ، لما لا یؤمن من السرایه الموجبه لدخول الطرف فیها[۱]، وقال فی الخلاف بالجواز مع استحباب الصبر، وهو أشبه.

الشَرح:

أكثر أن یقتصّ من الجانی بالأقل ویطالبه فی الأكثر الذی لا یقتصّ منه بالدیه بحذف دیه الأقل، كما ذكر ذلك جمله من الأصحاب أخذاً بقوله سبحانه: «فی الجروح قصاص»(۱)، مع رعایه عدم جواز الاقتصاص من الأكثر.

بقی أمر وهو أنّه قد ورد فی صحیحه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن السنّ والذراع یكسران عمداً لهما ارش أو قود؟ فقال: قود، قال قلت: فإن اضعفوا الدیه؟ قال: إن أرضوه بما شاء فهو له»(۲)، وهذه الصحیحه وإن تكن أخصّ بالإضافه إلی ما ورد «لیس فی كسر العظام قصاص» إلّا أنّ إعراض الأصحاب عن العمل بها مع ملاحظه ما ذكرنا یوجب حملها علی ما إذا كان الكسر بحیث تكون السنّ أو الذراع تالفاً بحیث لا یرجی سلامتهما وإلّا فلا یمكن الأخذ بها.

[۱] إذا جرح الآخر عمداً وأراد المجنی علیه القصاص من الجانی مع احتمال سرایه الجراحه إلی نفس المجنی علیه فهل یجوز له الاقتصاص من جرحه أو یلزم الصبر فإن برء أی لم تسر جراحته ثبت له قصاص من جراحته، وإن سرت ثبت لولیّه القصاص بالنفس مطلقاً كما علیه المشهور، أو فیما إذا كان قصد الجانی القتل أو كانت جراحته قاتله نوعاً والمشهور أنّه یجوز للمجنی علیه الاقتصاص قبل الاندمال بل یقال لم یعلم الخلاف إلّا عن الشیخ فی المبسوط وربّما یقال عدم الخلاف فی المسأله، لأنّه قال فی المبسوط: والتأخیر أحوط، لعلّه أراد الاستحباب نظیر ما ذكر فی الخلاف.

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۴: ۱۳۳.

....

الشَرح:

کیف کـان، فیسـتدلّ علی ذلـک بـأنّ مقتضـی قوله سـبحانه «والجروح قصـاص»(۱) ثبـوت حـقّ القصـاص بمجرّد تحقّق الجنـایه الجرحیه واحتمال السرایه وتبدّله بالقصاص من النفس منفی بالأصل.

أقول: إذا کان قصـد الجانی بجرحه قتله فسرت جراحته فمات فموته کاشف عن عدم ثبوت حقّ الاقتصاص من الجراحه للمجنی علیه، فإنّ قوله سـبحانه «فمن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیّه سلطاناً»(۲) حصر القصاص فی الاقتصاص بالنفس وثبوته لولی المقتول، ولا ینحصر مدلول الآیه بما إذا کان القتل آتیاً مترتّباً علی الجراحه فوراً، کما هو ظاهر.

وعلی ذلک، فإن أراد الولی الاقتصاص من الجانی فاللازم دفع دیه الجراحه التی أوردها المجنی علیه أنّه لم تکن جنایته إلاّ لقیام الحجه عنده بأنّ قصاص الجراحه حقّ له کما هو مقتضی الاستصحاب فی عدم السرایه.

وهـذا بخلاـف مـا إذا لم یکن جراحته قـاتله غالباً ولم یکن من قصـد الجانی قتله ولکن اتفقت السـرایه فإنّه لیس فی الفرض حق الاقتصـاص للولی بل له أخـذ دیه النفس من غیر أن یرد علی الجانی شـیئاً من الـدیه، لأنّه کان فی الفرض حقّ القصاص للمجنی علیه عند حدوث الجنایه واقعاً وقد استوفاه.

ولکن ربّما یقال ینافی القصاص قبل الاندمال ما ورد فی روایه إسـحاق بن عمار عن جعفر علیه السـلام أنّ علیّاً علیه السـلام کان یقول: «لا یقضی فی شیء من الجراحات حتّی تبرأ»(۳).

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۲- (۲) سوره الاسراء: الآیه ۳۳.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۴۲ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲: ۲۱۱.

قطع عدّه من أعضائه فی الجراح

ولو قطع عدّه من أعضائه خطأً جاز أخذ دیاتها ولو کانت أضعاف الدیه[۱]، وقیل یقتصر علی دیه النفس حتی یندمل ثمّ یستوفی الباقی أو یسری فیکون له ما أخذه وهو أولی، لأنّ دیه الطرف تدخل فی دیه النفس وفاقاً.

الشَرح:

وفیه انّ مدلولها عدم القضاء فیما کان لبرء الجراحه أثر، وأمّا إذا لم یکن کذلک بأن لم یکن لبرئها أثر فلا یعمّه.

وقد ذکرنا أنّ الأثر یختلف إذا کان الجراحه بحیث تکون قاتله أو کان قصد الجانی القتل فإنّه إذا حصل البرء یثبت القصاص للمجنی علیه وإذا لم یحصل بأن سرت ومات المجنی علیه ثبت القصاص لولیّه، ففی مثل ذلک یمکن أن یقال مقتضی الروایه وجوب الصبر وعدم اعتبار الاستصحاب وأمّا إذا لم یکن قصد الجانی القتل ولم تکن الجنایه قاتله فالاقتصاص من الجراحه حقّ ثابت للمجنی علیه سواء حصل البرء أم لا ـ، وما ذکر فی الجواهر(۱) ظاهره أنّ حقّ الاقتصاص من الجراحه ثابت للمجنی علیه حتّی فی صوره علمه بالسرایه أخذاً بالعموم، غایه الأمر إذا لم یستوف المجنی علیه حتّی مات دخل فی القصاص من نفس الجانی لم یعلم له وجه صحیح، بل مقتضی ما تقدّم انحصار الحقّ فی الولی.

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه إذا وقعت الجنایه فی عدّه أعضاء المجنی علیه خطأً بحیث یکون مجموع دیاتها أکثر من دیه النفس جاز للمجنی علیه المطالبه بجمیع دیاتها وإن احتمل السرایه فإنّ جوازها مبنی علی ما تقدّم من أنّ وقوع الجنایات موجبه لجواز المطالبه حیث انّ الأصل عدم السرایه حیث إنّ السرایه إلی النفس موجبه لدخولها فی دیه النفس، ولکن قد تقدّم أنّ مقتضی روایه إسحاق بن عمار عدم جواز المطالبه بها حیث لا یقضی فی شیء من الجراحات حتّی یبرء وأنّ مقتضاها إلغاء اعتبار

۱- (۱) جواهر الکلام: ۴۲/۳۵۸.

کیفیه القصاص فی الجراح

وکیفیه القصاص فی الجراح أن یقاس بخیط أو شبهه[۱]

الشَرح:

الاستصحاب فی بقاء الجنایه.

نعم، قد یقال هذا بالإضافه إلی ما للبرء دخل فی الحکم وهو بالإضافه إلی الزاید من دیه النفس وأمّا بالإضافه إلی مقدار دیّتها فهو مما یستحقّ علی الجانی علی کلّ تقدیر، فإنّ مدلولها عدم کون الحکم فصلًا وإنهاءً فی الجراحات قبل البرء فلابدّ فی القضاء أی أنهاء الحکم فی الجراحه من انتظار البرء، وعلیه فإذا کان استحقاق مقدار دیه النفس قطعیّاً یؤخذ بها.

وفیه انّ دیه الأعضاء علی تقدیر عدم السرایه تدخل فی ملک المجنی علیه من حین الجنایه ودیه النفس وإن یکن فی حکم الترکه إلاّ ـ أنّها تدخل فی ملکه حین موته فتملک المجنی علیه مقدار دیه النفس حین الجنایه علیه لیس أمراً قطعیّاً بناءً علی ما ذکرنا من کون موته کاشفاً عن کون الدیه دیه النفس، وعلی ذلک فمطالبته مقدار دیه النفس بعد وقوع الجنایه لیس أمراً متیقّناً حتّی یقال لا أثر للبرء بالإضافه إلیه ولو کان أمر السند فی الروایه تامّاً فالمتعیّن الصبر إلی أن تظهر السرایه أو عدمها، فالالتزام بما ذکر الماتن أوّلاً وما جعله أولی أخیراً، هو المحکی عن الشیخ فی المبسوط والعلاّمه فی التحریر والارشاد والشهید والأردبیلی، محلّ تأمّل، واللّه العالم.

[۱] المعتبر فی القصاص هو المماثله بین الجنایه والاقتصاص منها وقیاس الجراح بخیط أو شبهه وضبط الجانی حین الاقتصاص ولو اضطرب الجانی عند القصاص بحیث استندت الزیاده إلیه فلا یضمن المقتصّ وإلاّ فالضمان علی المقتصّ لتوقّف إحراز المماثله علیه ولو شقّ علی الجانی الاقتصاص منه دفعه جاز الاقتصاص بمقدار جنایته فی أکثر من دفعه، لأنّ حقّ الاستیفاء للمجنی علیه فله اختیار الطریق

ويعلم طرفاه فی موضع الاقتصاص ثمّ یشقّ من إحدی العلامتین إلی الأخری، فإن شقّ علی الجانی جاز أن یستوفی منه فی أکثر من دفعه ویؤخّر القصاص فی الأطراف من شدّه الحرّ والبرد إلی اعتدال النهار، ولا یقتصّ إلاّ بحدیده[۱]. ولو قلع عین إنسان، فهل له قلع عین الجانی بیده؟ الأولی انتزاعها بحدیده معوجّه فإنّه أسهل.

ولو کانت الجراحه تستوعب عضو الجانی وتزید عنه لم یخرج فی القصاص الشَرح:

الأسهل.

وأمّا ما ذکر قدس سره من وجوب تأخیر القصاص فی شدّه الحرّ أو البرد إلی اعتدال النهار فلا بأس بالالتزام به إذا کان الاقتصاص فی شدّتهما موجباً لتعرض نفس الجانی للتلف لوجوب حفظ النفس المحترمه عن الهلاک وسرایه الجراح، وأمّا إذا کان ذلک موجباً للمشقّه علی الجانی فقد تقدّم ان استیفاء القصاص حقّ للمجنی علیه فله اختیار الأسهل لا أنّ علیه أن یؤخّر الاستیفاء.

[۱] ذکروا ذلک فی کلماتهم، ولکن لم یرد فی شیء من الروایات اعتبار الحدیده فی قصاص الأطراف، اللهم إلاّ أن یقال انصراف القصاص بالجرح إلیها فإنّ ظاهره الآله المناسبه له والآله المناسبه ما کان من الحدید حتّی فی مثل قلع العین اقتصاصاً من العین، فإنّه یتعیّن کونه بحدیده معوجّه لا یوجب الجرح فی غیر موضع العین فإن أمکن للمجنی علیه الاقتصاص من الجانی کذلک وإلاّ یعیّن من ینوب عنه فی ذلک. ویؤیّد ذلک ما ورد فی القصاص من النفس من أنّه لا یترک ولیّ القصاص یعبث بالجانی أو یمثّل بالقاتل(۱).

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۶۲ من أبواب قصاص النفس، الحدیث ۱و۲: ۹۵.

إلى العضو الآخر[۱] واقتصر على ما يحتمله العضو وفى الزايد بنسبه المتخلّف إلى أصل الجرح ولو كان المجنى عليه صغير العضو فاستوعبته الجنايه لم يستوعب فى المقتصّ منه واقتصر على قدر مساحه الجنايه.

ولو قطعت إذن إنسان فاقتصّ ثمّ ألصقها المجنى عليه كان للجانى إزالتها

الشَرح:

[۱] ذكروا أنّه لو كان العضو الذى وقعت جنايه الجراح فيه من المجنى عليه كبيراً ومن الجانى صغيراً بحيث لو أراد المجنى عليه الاقتصاص بالمساوى فى المساحه تعدّى الجرح إلى العضو الآخر من الجانى فلا يجوز فى الاقتصاص هذا التعدّى بل يقتصر بالمقدار الذى يتحمّله عضو الجانى ويؤخذ بالديه فى المقدار الباقى من الاقتصاص، فلو كان القصاص من الجانى بثلثى جنايته من حيث المساحه يقتصّ منه بالثلثين ويؤخذ منه ثلث ديه جنايته ولا يجوز للمجنى عليه الاقتصاص بجرح آخر بمقدار المتخلّف ولو فى جانب آخر من ذلك العضو وكذا فى العكس، فإن كان المجنى عليه صغير العضو فاستوعب الجنايه ذلك العضو من حيث المساحه لا يجوز له الاقتصاص من الجانى إذا كان كبير العضو إلّا بمقدار الجنايه من حيث المساحه، كلّ ذلك لاعتبار المماثله فى الاقتصاص وأنّه إذا لم يمكن القصاص من الجانى ولو لفقد العضو المحلّ ينتقل الأمر إلى الديه ومع عدمها الحكومه.

ولكن قد تقدّم أنّ اعتبار المماثله فى الجنايه فى العمق يقتضى ملاحظه عضو الجانى وعضو المجنى عليه بلحاظ أنفسهما كذلك الحال فى مقدار المساحه أيضاً، وإذا كانت الجراحه الجرحيه ثلثاً من مساحه عضو المجنى عليه فلابدّ من كون رعايه الثلث بحسب مساحه رأس الجانى وكذا العكس ولم يقم فى المقام ما يرفع اليد عن ذلك، فالتفكيك بين العمق والمساحه فى تحقّق المماثله غير تامّ.

لتحقّق المماثله[۱] وقيل: لا ، لأنّها ميته وكذا الحكم لو قطع بعضها. ولو قطعها فتعلّقت بجلده ثبت القصاص، لأنّ المماثله ممكنه.

الشَرح:

[۱] فى المقام مسألتان:

إحدهما: أنّه لو قطعت اذن إنسان فألصقها المجنى عليه بعد الجنايه وقبل القصاص فالتحم فهل للمجنى عليه القصاص من الجانى بقطع اذنه أم لا؟

وربّما يتفرّع جواز الاقتصاص على إزالتها وعدمها فما دام لم تزل فليس للمجنى عليه حقّاً للاقتصاص وهو كماترى، فإنّ الجنايه بوقوعها توجب القصاص فجواز الإزاله للجانى وعدمها غير دخيل فى ترتّب القصاص وعدمها.

ولكن يمكن أن يقال: إذا كان الالتحام قبل القصاص، لم يثبت القصاص، لأنّ حقّ القصاص من الجانى لحصول الشّين للمجنى عليه وإذا لم يحصل لم يثبت القصاص، بل ينتقل الأمر إلى الارش، كما فى سائر الموارد التى لم يمكن الاقتصاص ولا يخلو عن تأمّل.

الثانيه: أنّه إذا قطعت اذنه أو بعضها فاقتصّ من الجانى فى جنايته ثمّ ألصقها المجنى عليه فالتحم فهل للجانى الإزاله؟ قد يقال: نعم، لتحقّق المماثله وربّما يقال: لا ، لأنّ الملصوق بحكم الميته، فإزالته للحاكم من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. ولا يخفى ما فيه، فإنّ بعد الالتحام لا يكون ميته.

ولكن يكون للجانى حقّ الإزاله لروايه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أنّ رجلاً قطع من بعض اذن رجل شيئاً، فرفع ذلك إلى على عليه السلام فقاده فأخذ الآخر ما قطع من أذنه فردّه على اذنه بدمه فالتحمت وبرئت فعاد الآخر إلى علّى عليه السلام فاستفاده فأمر بها فقطعت ثانيه وأمر بها فدفنت وقال عليه السلام : إنّما يكون القصاص من أجل

ويثبت القصـاص فى العين ولو كان الجانى أعور خلقه[١] فإن عمى فإنّ الحق أعماه، ولا ردّ، أمّا لو قلع عينه الصـحيحه ذو عينين اقتصّ له بعين واحـده إن شـاء، وهـل له مع ذلـك نصف الـديه؟ قيـل: لقوله تعـالى «العين بالعين»وقيل: نعم، تمسّـكاً بالأحاديث، والأوّل أولى.

الشَرح:

الشّين»(١)، ومقتضى التعليل عدم الشّين بالالتحام.

[١] يثبت القصاص فى العين لقوله سبحانه «العين بالعين»(٢)، ولو كان الجانى أعور وجنى على صحيح العين يؤخذ القصاص منه وإن عمى الأـعور بالاقتصـاص حيث إنّ حقّ القصـاص أعمـاه، كما ورد ذلـك فى صـحيحه محمـد بن قيس قال قلت لأبى جعفر عليه السـلام : أعور فقأ عين صـحيح، فقال: «تفقأ عينه» قال قلت: يبقى أعمى، قال: «الحقّ أعماه»(٣)، ونحوها مرسله أبان عن أبى عبداللّه عليه السلام (۴)، والاولى صـحيحه فإنّ فى سـندها عاصم بن حميـد، وهو قرينه على أنّ المراد بمحمـد بن قيس هو الثقه الذى يروى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام .

مضافاً إلى أنّ القصاص منه مقتضـى اطلاق قوله سـبحانه: «العين بالعين»(۵) وكـذا الروايات التى بمفادها ومقتضاها عدم لزوم ردّ شىء على الجانى من الديه أو غيرها.

نعم، إذا جنى ذو العينين عـل الأـعور فقلع عينه الصـحيحه فالأـكثر تخيير الأـعور المجنى عليه بين الاقتصـاص من مثل عينه وعلى الجانى نصف الديه أيضاً، وبين أن

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١: ١۴٠.

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ۴۵.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٩، الباب ١۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١: ١٣۴.

۴- (۴) الوسائل: ج ١٩، الباب ١۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١: ١٣۴.

۵- (۵) سوره المائده: الآيه ۴۵.

... .

الشَرح:

يأخذ من الجانى ديه النفس يعنى ديه العينين والمستند لذلک صحيحه محمد بن قيس قال: قال أبو جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعور أصيبت عينه الصحيحه ففقئت أن تفقأ إحدى عينى صاحبه ويعقل له نصف الديه، وإن شاء أخذ ديه كامله ويعفا عن عين صاحبه»(۱).

ونحوها روايه عبداللّه بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن رجل صحيح فقأ عين رجل أعور، فقال: عليه الديه كامله، فإن شاء الذى فقئت عينه أن يقتصّ من صاحبه ويأخذ منه خمسه آلاف درهم فعل، لأنّ له الديه كامله، وقد أخذ نصفها بالقصاص»(۲).

وعن جماعه كالمفيد وابن ادريس أنّه ليس للأعور المجنى عليه إلّا الاقتصاص من ذى العينين بإحدى عينيه من غير أن يرد عليه نصف الديه استناداً إلى ظاهر الآيه الدالّه على أنّ العين بالعين، وما هو ظاهر من الروايات بمفادها.

وفيه أنّ مقتضى الآيه والروايات وإن كان ما ذكر إلّا أنّ دلالتهما بالاطلاق حيث يعمّان عين الأعور فيرفع اليد عن الاطلاق بالدليل الخاصّ على خلافه.

ثمّ انّ المصرّح به فى كلمات بعض الأصحاب أنّ ردّ نصف الديه على الأعور من ذى العينين الجانى ما إذا ذهبت إحدى عينيه خلقةً أو كان ذلک بآفه، وأمّا إذا ذهبت بجنايه جان عليه من قبل فلا يستحقّ ردّ النصف عليه.

وقد ذكر فى وجه ذلک تارةً بالإجماع وأخرى بأنّ الثابت فى العين الواحده نصف الديه وأنّ الأعور قد استوفاه من قبل بالعفو الداخل فى الاستيفاء كالأخذ، وثالثه

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲: ۲۵۲.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۴: ۲۵۳.

اذهاب الضوء دون الحدقه

اذهاب الضوء دون الحدقه

ولو أذهب ضوء العين دون الحدقه توصل فى المماثله[۱] وقيل يطرح على الأجفان قطن مبلول ويقابل بمرآه محمّاه مواجهه للشمس حتى تذهب الباصره وتبقى الحدقه.

الشَرح:

بأنّ صحيحه محمد بن قيس لا إطلاق لها، فإنّها وارده فى قضيه شخصيه ولا يمكن التعدّى منها، مع احتمال الخصوصيه.

وأمّا روايه عبداللّه بن الحكم فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، لأنّ أبى عمران كعبداللّه بن حكم، ضعيف وما ورد فى عين الأعور من أنّ فيها الديه كامله كما فى صحيحه الحلبى(۱) وغيره مطلق وحملها على ما إذا كان أعور بغير الجنايه عليه لا قرينه عليه.

وعلى ذلك فمع ثبوت القصاص كما هو المفروض فى المقام لا دليل على الردّ عليه بنصف الديه إذا كان أعوريته بالجنايه عليه، وأمّا إذا لم يثبت القصاص كما إذا كان قلع عينه خطأً فالثابت على الجانى خطأً تمام الديه أخذاً بالاطلاق.

ودعوى الاجماع على الخلاف لاحتمال الاستناد على الوجوه المتقدّمه لا يمكن إثبات كونه على تقدير تعبّدياً، ويتعيّن ما ذكرنا فيما إذا كان الجانى على الأعور أعور مثله، فإنّه يثبت للأعور المجنى عليه القصاص بعين الأعور الجانى من غير ردّ لخروجه عن فرض الصحيحه وروايه عبداللّه بن الحكم، ولو كان خطأً يكون على الجانى الأعور الديه كامله أخذاً بإطلاق صحيحه الحلبى وغيرها.

[۱] أمّا ثبوت القصاص فالظاهر عدم الخلاف فيه ويقتضيه قوله سبحانه: «العين بالعين»(۲) ولكن اللازم اعتبار المماثله فى ذهاب ضوء العين من غير جنايه زايده كما

ص :۲۸۶

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۱: ۲۵۲.

۲- (۲) سوره المائده: الآيه ۴۵.

ويثبت فى الحاجبين وشعر الرأس واللحيه، فإن نبت فلا قصاص[۱] وفى الشَرح:

يقتضيه ذلک قوله سبحانه: «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(۱)، وأنّ الجنايه الزايده داخل فى عنوان الظلم والتعّدى.

وقد يقال فى كيفيه القصاص ما ذكر الماتن عليه السلام والمستند فيه روايه رفاعه عن أبى عبداللّه عليه السلام «انّ عثمان (عمر) أتاه رجل من قيس بمولى له قد لطم عينه فأنزل الماء فيها وهى قائمه ليس يبصر بها شيئاً، فقال له: أعطيک الديه، فأبى قال: فأرسل بهما إلى علىّ عليه السلام وقال: احكم بين هذين، فأعطاه الديه فأبى، قال: فلم يزالوا يعطونه حتّى أعطوه ديتين قال فقال: ليس أريد إلاّ القصاص، قال: فدعا علىّ عليه السلام بمرآه فحماها ثمّ دعا بكرسف فبلّه ثمّ جعله على أشفار عينيه وعلى حواليها ثمّ استقبل بعينه عين الشمس قال: وجاء بالمرآه فقال انظر فنظر فذاب الشحم وبقيت عينه قائمه وذهب البصر»(۲).

ولكن الروايه ضعيفه بسليمان الدهّان ولا دلاله لها على انحصار كيفيه الاقتصاص بالوارد فيها، ولعلّه إحدى الطرق إليه.

[۱] ذكروا القصاص فى إذهاب شعر الرأس واللحيه والحاجبين ومع فساد المحل إذا أمكن الاقتصاص من غير تعدّ، والمراد بفساد المحلّ عدم نبات الشعر ثانياً، وأمّا إذا نبت ثانياً فلا قصاص كما هو ظاهر الماتن، حيث ذكر أنّه فإن نبت فلا قصاص حيث إنّه مع النبات ينتقل الأمر إلى الديه أو الارش.

وعن بعض الروايات ثبوت القصاص مطلقاً بمعنى أنّه يثبت القصاص مع عدم فساد المحل، ومع فساده إذا أمكن القصاص فى الثانى.

ويظهر من بعض الروايات عدم ثبوت القصاص فى شىء من الصورتين وفى

۱- (۱) سوره البقره: الآیه ۱۹۴.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۹.

....

الشَرح:

روایه مسـمع عن أبی عبداللّه علیه السـلام : «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی اللحیه إذا حلقت فلم تنبت الدیه کامله فإن نبتت فثلث الدیه»(۱)، وظاهرها إن لم یکن مختصّاً بالعمد، لکون الحلق فعلاً عمدیاً فلا أقلّ من إطلاقها.

وفی روایه سلمه بن تمام قال: أهرق رجل قدراً فیها مرق علی رأس رجل، فذهب شعره، فاختصموا فی ذلک إلی علیّ علیه السلام ، فأجّله سنه فلم ینبت شعره فقضی علیه بالدیه»(۲)، وظاهرها أیضاً ثبوت الدیه حتّی مع العمد.

وقریب منهما مرسله علی بن خالد (حدید) عن بعض رجاله عن أبی عبداللّه علیه السـلام قال قلت: الرجل یدخل الحمام فیصبّ علیه صاحب الحمام ماءً حارّاً فیمتعط شعر رأسه فلا ینبت فقال: «علیه الدیه کامله»(۳).

والمناقشه فی الروایات بضعف إسنادها وأنّ مقتضی إطلاق قوله سبحانه «فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»(۴) ثبوت القصاص فی الصوره الأولی، بل فی الثانیه إذا أمکن، ففیها أنّ الصدوق روی روایه مسمع بسنده عن السکونی، ولا مناقشه فیها بحسب السند(۵).

وأمّا المرسله فقد رواها الشیخ بإسناده عن محمد بن الحسن الصفّار عن

۱- (۱) الوسائل: الباب ۳۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱: ۲۶.
۲- (۲) الوسائل: الباب ۳۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳: ۲۶۱.
۳- (۳) الوسائل: الباب ۳۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲: ۲۶۱.
۴- (۴) سوره البقره: الآیه ۱۹۴.
۵- (۵) الوسائل: الباب ۳۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱: ۲۶.

قطع الذكر[۱] ويتساوى فى ذلك ذكر الشاب والشيخ.

والصبى والبالغ[۲] والفحل والذى سلّت خصيتاه والأغلف والمختون. نعم الشَرح:

محمد بن الحسين عن جعفر بن بشير عن هشام بن سالم عن سليمان بن خالد(۱) قال قلت لأبى عبداللّه عليه السلام . . . فلا مجال للمناقشه اللّهم إلّا أن يقال دلاله هذه الروايات على تعيّن الديه بالاطلاق حتّى صحيحه هشام حيث انّ ذكر «عليه الديه» لا يقتضى العمد، بل كون الديه على الجانى لكون الجنايه شبه العمد، ودلاله الآيه المباركه أيضاً على حكم الجنايه الموجبه لإزاله الشعر بالاطلاق ومع المعارضه لا اعتبار باطلاق الروايات فالمتعيّن القصاص فى الصورتين إمكانه، واللّه العالم.

[۱] أمّا أصل القصاص فمضافاً إلى الاطلاق فى قوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(۲) يدلّ عليه الاطلاق فى موثقه اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها»(۳).

[۲] هذا هو المشهور بين الأصحاب فى قصاص النفس بأن يقتل قاتل الصبى قصاصاً، ولكن لا يقتل الصبى بالبالغ وكذا يقتصّ من البالغ اقتصاصاً من عضو الصبى، ولكن لا يقتصّ من الصبى اقتصاصاً من عضو البالغ لما ورد من أنّ عمد الصبى خطأ تحمله العاقله.

ولكن لا ـ يخفى أنّ العموم الوارد فى عدم جواز القصاص من العاقل اقتصاصاً من جنايته على المجنون كما يدلّ عليه صحيحه أبى بصير يقتضى عدم جواز القصاص من

۱- (۱) الوسائل: الباب ۳۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲: ۲۶۱.

۲- (۲) سوره البقره: الآيه ۱۹۴.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۳ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۳: ۱۳۲.

لایقاد الصحیح بذکر العنین[۱]

الشَرح:

البـالغ فی جنـایته علی الصبی أیضـاً، قـال: سألت أبا جعفر علیه السـلام عن رجل قتل رجلًا مجنوناً فقال: «إن کان المجنون أراده فـدفعه عن نفسه «فقتله» فلا شـیء علیه من قود ولا دیه ویعطی ورثته دیته من بیت مال المسـلمین» قال: «وإن کان قتله من غیر أن یکون المجنون أراده فلا قود لمن لا یقاد منه، وأری أنّ علی قاتله الـدیه فی ماله یـدفعها إلی ورثه المجنون ویسـتغفر اللّه ویتوب إلیه»(۱).

فـإنّ مقتضـی قوله علیه السـلام «لاـ قود لمن لاـ یقـاد منه» عـدم جواز الاقتصاص من البالغ بجنایته عمـداً علی الصبی سواء کانت الجنایه تلف النفس أو تلف العضو.

[۱] کما صـرّح بذلک العلّامه والشـهید الثانی وغیرهما وکأنّ العنن من شـلل العضو، فقد ورد أنّه لا یقاصّ من صـحیح الید بالید المشـلوله، بـل یثبت علی الجانی ثلث الـدیه، ولـذا ذکر الماتن قـدس سـره فی المقام لا یقاد الصـحیح بـذکر العنین ویکون علیه بقطعه ثلث الدیه.

ولکن التعدّی من شلل الید إلی ذکر العنین وجهه غیر ظاهر بل حصر قیاس مع أنّ الحکم فی الید المشلوله أیضاً مشکل لما تقدّم من ضـعف المسـتند، ومقتضـی عمـوم مـا دلّ علی ثبـوت القصـاص فی الجراحـات ثبوته فی المقـام، ومجرد العنن لاـ یخرج عن المماثله کما إذا قطع الشاب ذکر من بلغ الهرم الذی لا ینتشر ذکره فإنّه یقطع ذکر الشاب کما تقدّم.

وکون الدیه أیضاً، ثلث الدیه محلّ إشـکال، فإنّ مقتضـی معتبره السـکونی ثبوت الدیه الکامله، فإنّ الکلینی روی بسـنده عنه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱: ۵۱.

ويثبت بقطعه ثلث الديه، وفى الخصيتين القصاص[١]، وكذا فى إحداهما إلّا أن يخشى ذهاب منفعه الأخرى فيؤخذ ديتها.

ويثبت فى الشفرين[٢] كما يثبت فى الشفتين، ولو كان الجانى رجلًا الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فى ذكر الصبى الديه وفى ذكر العنن الديه»(١).

لاـ يقال: مقتضى إطلاقها تعيّن الديه حتّى فى الجنايه على الصبى بقطع ذكره عمداً أو على العنين بقطع ذكره كذلك ونفى القصاص.

فإنّه يقال: مقتضى ما ورد فى الجروح قصاص ثبوت القصاص فى قطع ذكر العنين عمداً والتعارض بالعموم من وجه وثبوت القصاص موافق لعموم الكتاب فيؤخذ بما دلّ عليه.

[١] لإطلاق ما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح فإن قطع اليمنى اقتصّ بقطعها وإن قطع اليسرى قطعت اليسرى، لتحقّق المماثله.

نعم إذا كان القطع مما يوجب انتفاء منفعه الأخرى بأن يصير الجانى عقيماً يسقط القصاص للتعزير المتقدّم بأنّه يوجب الانتقال إلى الديه.

ولكن فيه إشكال، فإنّ قطع المماثل يعدّ قصاصاً وما يتلف بالقصاص بالمماثل لا يدخل فى الضمان على ما يستفاد مما ورد فى أنّ من قتله القصاص أو الحدّ فلا قود ولا ديه له اللّهمّ إلّا إذا كان القصاص مؤدّياً إلى التلف أو الفساد فى العضو الآخر فلا بأس بالالتزام بالانتقال إلى الديه لخروج القصاص بذلك عن المماثله.

[٢] إذا قطعت امرأه الشفرين من امرأه أخرى قطعت شفريها قصاصاً أخذاً بما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح والمناقشه فى القصاص باختلاف الشفرين فى النّساء كماترى بعد صدق المماثله كما فى اختلاف الناس فى الأعضاء.

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٣٥ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٢: ٢٥٩.

فلاـ قصاص وعليه ديتها، وفى روايه عبدالرحمن بن سيابه عن أبى عبدالله عليه السلام إن لم يؤدّ ديتها قطعت لها فرجه وهى متروكه.

الشَرح:

نعم، إذا قطع الرجل الشفرين من المرأه عليه ديه النفس أى ديه المرأه التى هى نصف ديه الرجل، وفى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل قطع فرج امرأه (امرأته) قال: إذن اغرمه لها نصف الديه»(۱) والمراد نصف ديه النفس الظاهره فى ديه الرجل كلّما اطلقت، كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر(۲) فى باب ديه الشفرين «وفى خبر آخر رجل قطع فرج امرأه فقال اغرمه لها نصف ديتها وهو محمول على ما إذا قطع أحد الشفرين كما أنّ خبر عبدالرحمن بن سيابه محمول على قطعهما معاً حيث ورد فيه ثبوت ديه نفسها كماترى، وأيضاً ورد فى روايه عبدالرحمن بن سيابه إن لم يؤدّ الرجل ديتها يقطع ذكره قصاصاً إذا طلبت المرأه ذلك، فإنّه روى الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن عبدالرحمن بن سيابه عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إنّ فى كتاب على عليه السلام لو أنّ رجلاً قطع فرج امرأته لأغرمته لها ديّتها، وإن لم يؤدّ إليها الديه قطعت لها فرجه إن طلبت ذلك»(۳).

وقد ذكر الماتن انّ ما ورد فيها متروك، ولعلّ الوجه فى ترك العمل خروج ما ذكر عن القصاص وإلّا لم يكن جوازه مترتّباً على عدم أداء الديه لها وإن كان يمكن القول باعتبار سندها، لأنّه من غير البعيد كونه من المعاريف الذين لم يرد فيهم القدح بل توكيل الصادق عليه السلام له فى إيصال المال إلى عوائل من قتل فى قضيه زيد كاشف عن

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۶ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲: ۳۶.

۲- (۲) جواهرالكلام: ۴۳/۲۷۴.

۳- (۳) الكافى: ۷/۳۱۳، الوسائل ج ۱۹، الباب ۳۶ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲۶.

ولو كان المجنی علیه خنثی، فإن تبیّن أنّه ذکر فجنی علیه رجل کان فی ذکره وانثییه القصاص[۱] وفی الشفرین الحکومه.

ولو کـان الجـانی امرأه کـان فی المـذاکیر الـدیه وفی الشـفرین الحکومه، لأنّهمـا لیسا أصـلًا، ولو تبیّن أنّه امرأه فلا قصاص علی الرجـل فیهمـا وعلیه فی الشـفرین دیتهمـا وفی الـذکر والانثیین الحکومه، ولو جنت علیه امرأه کـان فی الشـفرین القصـاص وفی المذاکیر الحکومه، ولو لم یصبر حتّی تستبان حاله فإن طالب الشَرح:

أمانته، وبذلک یشکل الخروج وطرح الروایه بمجرد الاستبعاد ولکن موردها والمفروض فیها علی نسخه الوسائل عن الکافی قطع الرجل فرج أمرأته ولا یمکن التعدّی منها لاحتمال الخصوصیه بعد کون الحکم علی خلاف القاعده، واللّه العالم.

ثمّ انّ دیه فرجهـا نصف الـدیه الظـاهره فی الـدیه الکـامله للنفس لا ـ دیه نفس المرأه فمـا فی صـحیحه أبی بصـیر لا ـ تنافی روایه عبدالرحمن، کما لا یخفی.

[۱] فـإنّ ذلک مقتضـی ثبوت القصاص فی الجروح واعتبار الاقتصاص بالمماثل وإذا جنی الرجل علی الخنثی المتبیّن کونه ذکراً فی شـفریه یرجع فی جنـایته إلی الحکومه، لأنّ الشـفرین لیسا أصـلیین بل هما لحم زایـد وأمّا لو کان الجانی علیه امرأه فلا مورد للقصاص من المرأه فی مذاکیر الخنثی فیرجع إلی الدیه وفی شـفریه إلی الحکومه، لأنّ الشـفرین من الخنثی لیسـتا أصـلیین حتّی یقتصّ من المرأه فیهما، هذا کلّه فیما إذا ظهر الخنثی ذکراً.

وأمّـا إذا ظهر أنّه امرأه وکـان الجـانی رجلًا لا یقتصّ للخنثی من الرجل لعـدم المماثله فی العضو الواقع فیه الجنایه، بل یرجع إلی الـدیه إذا قطع الشـفرین وإلی الحکـومه إذا قطع الـذکر والانثیین وأمّـا إذا جنت علیهـا المرأه کـان فی الشـفرین القصـاص وفی المذاکیر الحکومه.

بالقصاص لم يكن له لتحقّق الاحتمال[١ [ولو طالب بالديه أعطى اليقين وهو ديه الشفرين، ولو تبيّن بعد ذلك أنّه رجل أكمل له ديه الذكر والانثيين والحكومه فى الشفرين أو تبيّن أنّه أنثى أعطى الحكومه فى الباقى، ولو قال: أطالب بديه عضو مع بقاء القصاص فى الباقى، لم يكن له، ولو طالب بالحكومه مع بقاء القصاص صحّ ويعطى أقلّ الحكومتين.

ويقطع العضو الصحيح بالمجذوم[٢] إذا لم يسقط منه شيء، وكذا يقطع

الشَرح:

[١] يعنى إذا طالب الخنثى بالقصاص فلا يسمع طلبه سواء كان الجانى عليه رجلًا أو امرأه أو خنثى لاحتمال اختلاف الجانى معه فى الذكوريه والانوثيه فإن كان الجانى رجلًا احتمل كونه انثى وإن كانت امرأه احتمل كونه ذكراً، وكذا إذا كان الجانى خنثى، وهذا بخلاف ما إذا طالب بالديه، فإنّ ثبوت الديه على الجانى مع رضاه بالديه يقينى، غايه الأمر الشكّ فى ديه الشفرين لاحتمال كون الخنثى امرأه، فإنّ تبيّن بعد ذلك أنّه ذكر يأخذ باقى الديه ويثبت فى الشفرين الحكومه، وإن تبيّن كونه امرأه فقد أخذ ديه الشفرين ترجع فى الباقى إلى الحكومه، وظاهر الفرض وقوع الجنايه على الخنثى فى المذاكير والشفرين، ولذا لو طالب بالحكومه مع بقاء القصاص له فى عضوه الأصلى صحّ، ولكن يؤخذ بأقلّ الحكومتين.

[٢] قد تقدّم أنّه يقطع اليد الصحيحه باليد الشلاء وما ورد فى عدم قطعها به ضعيف سنداً، وعلى تقدير الاغماض لا يتعدّى عن موردها بعد صدق كون اليد باليد والأذن بالأذن والأنف بالأنف إلى غير ذلك، وعليه يقطع اليد الصحيحه باليد المجذومه حتى ما إذا سقط منها شيء فإنّ سقوط اصبع أو أزيد منه يكون كسقوطهما من اليد الصحيحه فإنّه يقتصّ له ممن لم يقطع من يده أصبع.

الأنف الشامّ بالعادم له، كما تقطع الأذن الصحيحه بالصمّاء، ولو قطع بعض الأنف نسبنا المقطوع إلى أصله[۱]

وأخذنا من الجانى بحسابه لئلاّ يستوعب أنف الجانى بتقدير أن يكون صغيراً، الشَرح:

[۱] لم يرد فى خصوص المفروض روايه، ولكن ما ذكروا فيه من الاقتصاص بالنسبه مقتضى الاطلاق فيما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح وفى الأنف بعد التقييد بالمماثله فإنّه إذا كان للمجنى عليه أنف صغير قطع نصفه وكان للجانى أنف كبير يكون قطع نصفه فى الاقتصاص من القصاص بالجرح المماثل، بخلاف ما إذا قطع ربعه المساوى لنصف أنف المجنى عليه بحسب المساحه، فإنّه لا يعدّ هذا اعتداءً بالمثل، كما ذكرنا ذلك فى مطلق الجرح الذى ذكروا فيه اعتبار المساحه فى القصاص منه.

ولذا ذكر الماتن انّ تقدير المساحه فى مفروض المقام يوجب ذهاب تمام أنف الجانى إذا كان صغيراً بحيث يساوى تمامه مقدار المقطوع من المجنى عليه وذكر فى الجواهر(۱) انّ تقدير النسبه فى القصاص فى المقام يناف ما يعتبر فى القصاص فى الشجاج من تقدير المساحه.

ولكن لا يخفى انّ الإشكال ليس فى ملاحظه النسبه فى المقام، بل فيما ذكروا من اعتبار المساحه فى القصاص فى الشجاج فى العضو.

مما ذكر يظهر ثبوت القصاص فى أحد المنخرين فإنّه إذا جنى بقطع أحدهما يقطع اقتصاصاً من الجانى أحدهما أيضاً مراعياً المماثله فى اليمنى أو اليسرى والنسبه على ما يأتى بالإضافه إلى المحلّ.

۱- (۱) جواهر الكلام: ۴۲/۳۸۴.

وكذايثبت القصاص فى أحد المنخرين، وكذا البحث فى الأذن وتؤخذ الصحيحه بالمثقوبه، وهل تؤخذ بالمخرومه قيل: لا [۱]، ويقتصّ إلى حدّ الخرم والحكومه فيما بقى، ولو قيل: يقتصّ إذا ردّ ديه الخرم كان حسناً.

الشَرح:

[۱] ذكر قدس سره ثبوت القصاص فى الأذن كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه «والأذن بالأذن»(۱) وتؤخذ الصحيحه بالمثقوبه سواء عدّ الثقب زينه أم لا للصدق. نعم لو كان مخرومه من المجنى عليه هل يقتصّ من الجانى مع عدم كون أذنه مخرومه؟ قيل: لا ـ، بل يؤخذ بالقصاص إلى مقدار الخرم وبالحكومه فى مقدار الزايد، كما قيل الانتقال إلى الديه، وذكر الماتن أنّه لو قيل بالقصاص فى كلّ المقدار وعلى المجنى عليه ردّ الخرم كان حسناً.

والظاهر أنّ اختيار الأخير لخبر الحسن بن العباس بن الحريش عن أبى جعفرالثانى عليه السلام قال قال: أبو جعفر الأول عليه السلام لعبداللّه بن عباس: يا ابن عباس انشدك اللّه هل فى حكم اللّه اختلاف قال فقال: لا، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسيف حتّى سقطت فذهب وأتى رجل آخر فأطار كفّ يده فأتى به إليك وأنت قاض كيف أنت صانع؟ قال: «أقول لهذا القاطع اعطه ديه كفّه وأقول لهذا المقطوع صالحه على ما شئت وأبعث إليهما ذوى عدل، فقال له: قد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضت القول الأول أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى الأرض، أقطع يد قاطع الكف أصلاً ثمّ اعطه ديه الأصابع هذا حكم اللّه»(۲).

ولكن قد تقدّم ضعفها سنداً وعدم إمكان استفاده الكبرى الكلّيه منها.

والأظهر ثبوت الاقتصاص بالمخرومه لصدق المماثله وإطلاق قوله سبحانه

۱- (۱) سوره المائده: ۴۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۹.

السنّ

وفی السنّ القصاص[۱] فإن کانت سنّ مثغر وعادت ناقصه أو متغیّره کان فیها الحکومه، وإن عادت کما کانت فلا قصاص ولا دیه، ولو قیل بالارش کان حسناً أمّا سنّ الصبی فینتظر بها سنه، فإن عادت ففیها الحکومه وإلاّ کان فیها القصاص، وقیل فی سنّ الصبی بعیر مطلقاً، ولو مات قبل الیأس من عودها قضی لوارثه بالأرش ولو اقتصّ البالغ بالسنّ فعادت سنّ الجانی لم یکن للمجنی علیه إزالتها، لأنّها لیست بجنسه.

الشَرح:

«والأذن بالأذن»(۱).

[۱] کما هو مقتضی قوله سبحانه: «السنّ بالسنّ»(۲) ولکن إذا قلع أو أسقط سنّ الطفل الذی سقطت أسنانه إلتی نبتت من زمان الرضاعه وعادت سنّه المقلوعه ناقصهً أو متغیّره کان فیها الحکومه، أی ملاحظه کونه معیوب السنّ وتدارکه بالمال علی ما نذکر فی معنی الحکومه، وإن عادت کما کانت لم یکن فی البین قصاص ولا دیه. وذکر الماتن قدس سره : ولو قیل بردّ الارش فی هذه الصوره کان حسناً بأن یلاحظ کونه لو لا القطع کان ذا سنّ فی تلک المدّه فیلاحظ ذلک ویتدارک.

ولکن لا یخفی انّ القصاص وإن لم یثبت فی الفرض کما یأتی إلاّ أنّه قد یقال بثبوت الدیه أخذاً بإطلاق ما دلّ علی ثبوتها فی السنّ بعد ملاحظه عدم ثبوت القصاص.

وما فی مرسله جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما علیه السلام أنّه قال فی سنّ الصبی یضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت قال: «لیس علیه قصاص وعلیه الارش»(۳)، لا ینافی ثبوت الدیه، فإنّ الارش یعمّ الدیه ولا ینحصر فی الحکومه.

۱- (۱) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۲- (۲) سوره المائده: الآیه ۴۵.

۳- (۳) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۴ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۲: ۱۳۴.

... .

الشَرح:

وأمّا روايه مسمع عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إنّ علیاً قضی فی سنّ الصبی قبل أن یثغر بعیراً فی کلّ سن»(۱).

وکذا روایه السکونی(۲) فلا یمکن الاعتماد علیهما لضعفهما سنداً، فإنّ سند الشیخ إلی النوفلی ضعیف وسنده إلی سهل بن زیاد وإن کان معتبراً إلّا انّ فی السند ابن شمون والأصم مضافاً إلی ضعف سهل بن زیاد.

وتفصیل الکلام فی المقام أنّه إذا قطع أو أسقط السنّ من البالغ الذی لا ینبت مکان المقلوع والساقط سنّ عادهً فمع التعمّد یثبت القصاص وفی غیره یثبت الدیه، ولو عاد فی هذا الفرض مکانه سنّ سواء کانت سنّاً کما کانت فی الأصل أو سنّاً ناقصه فظاهر الماتن أنّه یسقط القصاص والدیه.

وغایه الأمر إذا کانت متغیّره أو ناقصه کان فیها الحکومه، وهی علی المشهور تفاوت القیمه ما بین کونه بسنّ تامّه وکونه بسنّ ناقصه علی تقدیر کونه عبداً أو مع ملاحظه کونه بسنّ فی تلک المدّه وکونه بلا سنّ مع کون سنّه متغیّره.

ولکن الصحیح أنّه یثبت القصاص فی الفرض مع التعمّد والدیه بدونه سواء نبتت مکانه سنّ تامّه أو متغیّره وناقصه أو کامله أم لم تنبت فإنّ الجنایه الأولی موجبه للقصاص أو الدیه والنابت یحسب عضواً جدیداً وهبه اللّه إیّاه فلا یرتفع موضوع الاقتصاص أو أخذ الدیه.

وأمّا إذا کان المقلوع سنّه أو المسقط عنه صبیّاً مثغراً بأن کان المقلوع أو الساقط

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲: ۲۵۸.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۳۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳: ۲۵۸.

....

الشَرح:

سنّياً أصليّه حيث سقطت من قبل أسنانه التى كانت من زمان الرضاعه تثبت على الجانى الديه دون القصاص سواء نبتت سنّ مكان المقلوع أو الساقط اتفاقاً أم لا ، وسواء كان جنايته مع التعمّد أو بدونه وذلك لما ورد فى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلاً مجنوناً قال: « . . . وإن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه وأرى أنّ على قاتله الديه فى ماله يدفعها إلى ورثه المجنون ويستغر اللّه ويتوب إليه»(١).

ووجه الدلاله اطلاق قوله عليه السلام «لا قود لمن لا يقاد منه» فإنّ الصبى كالمجنون لا يقاد منه فى جنايته على البالغ نفساً أو طرفاً، فيكون مقتضاه عدم الاقتصاص من البالغ بسنّ الصبى كسنّ المجنون، بل يكون عليه الديه والاستغفار، وهذا على رغم انّ المشهور التزموا بالقصاص إذا لم تنبت السنّ فى محل المقلوعه.

ولو كانت الطفل لم يثغر حيث انّ نبات السنّ فى محل المقلوعه يكشف أنّها قد سقطت من أصلها.

وأمّا إذا نبتت مكانها السنّ وعادت صحيحه فلا قصاص ولا ديه، وإنّما يكون على الجانى الارش، أى تفاوت القيمه ما بين كون الطفل مقطوعها مده لو كان رقّاً وبين كونه غير مقلوعه كما هو ظاهر الماتن قدس سره .

ولعلّ وجهه أنّ كونه مقلوع السنّ مدّه نقص دخل على المجنى عليه بفعل الجانى فلا يكون هدراً وعود السنّ تامّه كامله يوجب انتفاء القصاص والديه لا الارش ومع عدم التفاوت يثبت التعزير فقط.

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٨ من أبواب القصاص ف النفس، الحديث ١: ٥١.

ولا أصليّه بزايده

ويشترط فى الأسنان التساوى فى المحل، فلا يقلع سنّ بضرس[١] ولا بالعكس، ولا أصليّه بزايده، وكذا لا تقلع زايده بزايده مع تغاير المحلّين،

الشَرح:

وعلى الجمله ما دلّ على القصاص أو الديه منصرف عن صوره العود لكون السنّ سن غير مثغر بحيث يكون عودها أمراً عادياً، ويؤيدّه مرسله جميل المرويه فى الكافى عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: فى سنّ الصبى يضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت قال: «ليس عليه قصاص وعليه الارش»(١). بخلاف كونها سنّ مثغر، فإنّ عودها كما كانت هبه من اللّه سبحانه، فإن كن سنّ الصبى فلا قصاص لما تقدّم، لأنّ الصبى لا يقاد منه فلا قود له، فينتقل إلى الديه، ويؤيّده إطلاقه المرسله.

وأمّا إذا كان بالغاً فإنّه لا موجب لسقوط القصاص مع التعمّد والديه مع الخطأ.

ثمّ ما ذكره العلاّمه قدس سره وتبعه جماعه من الانتظار سنهً لا أعرف له مستنداً، ولذا اطلق المصنفّ قدس سره الانتظار بها إذا كان الطفل غير مثغر والانتظار يحمل على العاده، فقد يزيد على السنه وقد لا يزيد عنها والمعيار إحراز عدم العود لإحراز تعلّق حقّ الاقتصاص من الجانى عند المشهور والديه بناءً على ما ذكر حيث لو طالب وليّه الديه قبل ذلك لم يجب إجابته، لعدم إحراز الاشتغال بالديه. نعم لو قيل بثبوت الديه حتّى مع عودها وجبت الإجابه، واللّه العالم.

[١ [التساوى فى الأسنان بمعنى أنّه لا يقلع الناب بالضرس ولا من الثنايا بالضرس مما لا ينبغى التأمّل فى اعتباره، لأنّ المعتبر فى القصاص المماثله فى المعتدى به وأمّا تساويهما فى الموضع بأن يكون المقلوع من الأعلى فمع وجوده فى الموضع فى المقتصّ منه فلا يبعد اعتباره، لأنّ قلع مثله فى غير مثل موضعه مع وجوده

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١۴ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٢: ١٣۴.

وكذا حكم الأصابع الأصليّه والزايده، وتقطع الاصبع بالاصبع مع تساويهما، وكلّ عضو يؤخذ قوداً مع وجوده تؤخذ الديه مع فقده مثل أن يقطع اصبعين وله واحده أو يقطع كفّاً تامّاً وليس للقاطع أصابع[١].

الشَرح:

فى مثل موضعه لاـ يعدّ من المماثل، بخلاف ما إذا لم يكن من المقتصّ منه فى ذلك الموضع، فإنّه يصدق معه القصاص بالمماثل، نظير ما إذا قطع اليد اليمنى من رجل ولم يكن للجانى إلّا اليد اليسرى، فإنّه قد تقدّم أنّه مع اليد اليمنى للجانى تقطع يمينه وأمّا مع عدمها لا ينتقل الأمر إلى الديه، بل تقطع يسراه.

ومما ذكرنا يظهر أنّ القول بعدم اعتبار التساوى فى الموضع مطلقاً أو عدم اعتبار التساوى فى العنوان الخاص فى القصاص بالسنّ مطلقاً لا يمكن المساعده عليه.

ويجرى ما ذكر فى القصاص فى قطع الاصبع، فلو قطع الاصبع السبّابه من يده اليمنى ولم يكن للجانى فى يده اليمنى الاصبع السبّابه تقطع السبّابه من يده اليسرى، وهكذا.

ولكن لا تقطع الابهام بدل السبّابه ولو من يده اليمنى كما يظهر أيضاً أنّه لا يقطع العضو الزايد من الجانى بدل العضو الأصلى من المجنى عليه، كما لاـ يجوز ذلك فى العكس، كما إذا كانت جنايته بقطع اصبع أصليّه من المجنى عليه ولم يكن للجانى إلّا اصبع زايده، وكذا الأمر بالعكس، كما إذا قطع من المجنى عليه اصبع زايده فلا يقطع اصبعه الأصليه.

نعم، إذا كان لكلّ من المجنى عليه والجانى اصبع زايده فيجوز الاقتصاص بقطع الزايده وإن اختلف موضعهما من يدهما، وكذا الحال فى السنّ الزايده منهما، وكلّ ذلك لرعايه المماثله فى القصاص بنظر العرف.

[١] إذا لم يمكن الاقتصاص من الجانى فى قصاص الطرف لعدم العضو المماثل للجانى أو أنّ جنايته لا يقتصّ منها لعدم إمكان رعايه المماثله تصل النوبه إلى أخذ

مسائل:

الأولى: إذا قطع يداً كامله

الأولى: إذا قطع يداً كامله ويده ناقصه إصبعاً كان للمجنى عليه قطع الناقصه، وهل يأخذ ديه الاصبع؟ قال فى الخلاف: نعم[١]، وفى المبسوط: ليس له ذلك، إلاّأن يكون أخذ ديتها.

الشَرح:

الديه، لأنّه لا يمكن الالتزام بذهاب حقّ المجنى عليه هدراً فإن لم تكن لجنايته ديه تصل النوبه إلى الديه الثابته بالحكومه.

نعم، ذكرنا فيما تقدّم أنّه فى الموارد التى لا تضبط القصاص وانتقل الأمر إلى الديه يجوز الاقتصاص من الجانى بالأقلّ ويعطى ديه الجنايه بعد وضع الديه من الجنايه التى اقتصّ منها وعلى ذلك فللمجنى عليه حقّ الاقتصاص بالأقلّ أو مطالبه الديه لجنايته.

[١] إذا قطع الجانى الذى يده ناقصه إصبع يداً كامله يثبت للمجنى عليه الاقتصاص من الجانى بقطع يده الناقصه، وهل له مع ذلك مطالبه الجانى بالديه لأصبعه أو أصابعه؟

قال الشيخ فى الخلاف: نعم، لأنّه ليس للجانى الاصبع أو الأصابع فينتقل الأمر فيها إلى الديه.

لا يقال: إذا قطع الجانى ذو اليد الشلاّء اليد الصحيحه من آخر، فقد تقدّم أنّ للمجنى عليه قطع اليد الشلاّء من الجانى. فإنّه يقال: ليس الفرض كما فى الجانى الأشل، لأنّ اليد الشلاّء تامّه، ولكن غير صحيحه بخلاف الفرض فى المقام فإنّ يد الجانى فاقده للأصبع الذى قطع بقطع اليد.

وفصّل فى المبسوط بين ما كان النقص فى يد الجانى بالجنايه التى أخذ ديتها فللمجنى عليه المطالبه بالديه وإلاّ فلا حقّ له إلاّ بقطع يده الناقصه.

....

الشَرح:

ويستدلّ على التفصيل بما رواه الكلينى والشيخ بإسنادهما عن سوره بن كليب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل قتل رجلاً عمداً وكان المقتول أقطع اليد اليمنى فقال: «إن قطعت يده فى جنايه جناها على نفسه أو كان قطع فأخذ ديه يده من الذى قطعها فإن أراد أولياؤه أن يقتلوا قاتله أدّوا إلى أولياء قاتله ديه يده من الذى قيد منها إن كان أخذ ديه يده ويقتلوه، وإن شاؤوا طرحوا عنه ديه يد وأخذوا الباقى» قال: «وإن كانت يده قطعت فى غير جنايه جناها على نفسه ولا أخذ لها ديه قتلوا قاتله ولا يغرم شيئاً، وإن شاؤوا أخذوا ديه كامله» قال: «هكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (۱).

أقول: مع الاغماض عن سند الروايه لعدم ثبوت توثيق لسوره بن كليب ولا أقلّ من تردّده بين الأسدى والنهدى مدلولها ما إذا كان المجنى عليه بالقتل ناقص العضو دون الجانى، والمفروض فى المقام كون المجنى عليه بغير القتل تامّ العضو والجانى ناقصاً، فلا يمكن التعدّى من الأوّل إلى الثانى حتّى مع فرض العمل بالروايه.

وذكر جماعه أنّه لو كان المجنى عليه ناقص العضو كما إذا قطع من كانت يده تامّه يداً ناقصه يقتصّ من الجانى بعد دفع ديه النقص للجانى. وفى استظهاره من روايه سوره بن كليب مع ضعف سندها وورودها فى القتل تأمّل.

نعم، ربّما يستظهر ذلک من روايه الحسن بن العباس بن الحريش عن أبى جعفر الثانى قال: قال أبو جعفر الأول عليه السلام لعبداللّه بن عباس: «يابن عباس انشدک اللّه هل فى حكم اللّه اختلاف قال فقال: لا ، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسيف حتّى سقطت فذهبت وأتى رجل آخر فأطار كفّ يده فأتى به إليك وأنت

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۵۰ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۸۲.

ولو قطع اصبع رجل فسرت إلى كفّه ثمّ اندملت ثبت القصاص فيهما[۱] الشَرح:

قاض كيف أنت صانع؟ قال: أقول لهذا القاطع أعطه ديه كفّه، وأقول لهذا المقطوع صالحه على ما شئت وأبعث إليهما ذوى عدل، فقال له: قد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضت القول الأول، أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى الأرض، أقطع يد قاطع الكفّ أصلًا، ثمّ اعطه ديه الأصابع هذا حكم اللّه»(۱). ولكنّ الروايه ضعيفه سنداً، ومقتضى إطلاق ما دلّ على القصاص قطع يد الجانى بلا ردّ شىء عليه.

[۱] ذكر قدس سره أنّه لو قطع عمداً اصبعاً من آخر فسرت جراحه الاصبع إلى الكفّ بحيث سقطت كفّه ثمّ انقطعت السرايه بحيث اندملت كان للمجنى عليه الاقتصاص من اصبع الجانى وكفّه بقطعهما، ولو أراد المجنى عليه الاقتصاص بقطع اصبع الجانى ومطالبه الأرش لكفّه فليس له ذلك إلاّ أن يرضى الجانى فإنّ حقّه منحصر فى القصاص.

أقول: فيما ذكره قدس سره تأمّل لما تقدّم من أنّ السرايه إذا لم تكن عمديه ولا عاديه لا تحسب من الجنايه العمديّه، فعليه فإن اتّفقت من غير قصد السرايه حتّى سقطت كفّه فليس للمجنى عليه إلاّ القصاص فى الأصبع وله مطالبه الديه لكفّه الساقطه.

نعم، إذا كان الجرح بقصد السرايه وإسقاط يده أو كان أمراً غالبياً كما إذا كان بآله مسمومه ثبت للمجنى عليه القصاص، كما يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس عند السرايه الغالبيه والعمديّه.

ولاـ يقاس ذلك بما إذا كانت الجنايه على العضو متعدّده كما إذا قطع أصابعه أوّلاًـ ثمّ قطع كفّه ثانياً فإنّ على المجنى عليه القصاص فى كلّ من الأصابع والكفّ فالسرايه فيما إذا كانت موجبةً للقصاص يكون إذا قطع كفّه من مفصل الكوع فإنّه يوجب القصاص

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب القصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۹.

وهـل له القصـاص فى الأصبع وأخـذ الـديه فى البـاقى؟ الوجه لاـ لإمكـان القصـاص فيهمـا ولو قطع يـده من مفصل الكوع ثبت القصاص ولو قطع معها بعض الـذراع اقتصّ فى اليـد [۱]وله الحكومه فى الزايـد. ولو قطعهـا من المرفق اقتصّ منه ولاـ يقتصّ فى اليد ويأخذ ارش الزايد والفرق بيّن.

الشَرح:

بالمثل بقطع يد الجانى من الكوع.

[۱] ذكر قـدس سـره أنّه لو قطع عمـداً يـده من الكوع أى من مفصل الكفّ الـذى يلى الإبهام ثبت القصاص أخذاً بإطلاق ما دلّ على القصاص فى الأعضاء والجروح ولكن لو قطع مع كفّه بعض الـذراع أيضاً ثبت القصاص فى اليـد فيقطع من الجانى يـده من الكوع ويؤخـذ منه فى الزايـد بالحكومه حيث لا يجرى القصاص على الزايـد فإنّه يدخل فى بعض العضو الداخل قطعه فى كسر العظام.

وهـذا بخلاف ما إذا قطع يده من المرفق، وليس له القصاص فى اليد بقطعها من الكوع ومطالبه ارش الزايد، أى ديته، وذلك لأنّ القصـاص فيمـا إذا كـان القطع من المرفق ثـابت فيكون الأخـذ بغيره موقوفـاً على التراضـى بل جواز قطع يـده من الكوع والأخذ بالاـرش على الزايـد محـلّ إشـكال، لأنّه ليس له حقّ القطع من الكوع حتّى مع رضا الجانى ولا يقاس بما تقـدّم فى مثل المأمومه من جواز القصاص فى الأقلّ والأخذ فى الزياده بأرش، حيث أنّ الجنايه بالأقل كانت واقعه من الجانى بخلاف المقام.

أقـول: فيمـا إذا كـانت الجنـايه بقطع اليـد من بعض الـذراع فمجرّد ذلـك لاـ يوجب دخولهـا فى عنوان كسـر العظـام المنفى فيه القصـاص فـإن أمكن القطع بمثله ثبت القصاص وإلاّ ثبتت الـديه أى ديه اليـد ولا موجب لجواز الاقتصاص بقطع يـد الجانى من الكوع، لعدم وقوعه من الجانى حتّى يقتصّ منه بمثله، والجنايه إذا وقعت على بعض الذراع ولم يمكن القصاص ثبت فيه ديه اليد لما يأتى من عدم اختلاف الديه فى

الثانیه: إذا کان للقاطع اصبع زایده

الثانیه: إذا کان للقاطع اصبع زایده[۱] وللمقطوع کـذلک ثبت القصاص لتحققّ التساوی، ولو کانت الزایده للجانی[۲] فإن کانت خـارجه عن الکفّ اقتصّ منه أیضـاً لأنّهـا تسـلم للجـانی، وإن کانت فی سـمت الأصابع منفصله ثبت القصاص فی الخمس دون الزایده ودون الکف وکان فی الکفّ الحکومه ولو کانت متصـله ببعض الأصابع جاز الاقتصاص فیما عدا الملتصقه وله دیه اصبع والحکومه فی الکفّ، أمّا لو کانت الزایده للمجنی علیه فله القصاص ودیه الزایده وهو ثلث دیه الأصلیه.

الشَرح:

الجنایه علی الید بذلک.

[۱] ذکر قـدس سره أنّه إذا کـان للقـاطع إصبع زایـده وکـذا للمقطـوع ثبـت القصـاص، لتحقّق المسـاواه والممـاثله وقیّـده فی الجواهر(۱) بمـا إذا کـان الأصـبع الزایـده من کـلّ منهمـا ممـاثله للزایـده للآخر حتّی فی المحلّ، ولکن سـنذکر أنّه لا یعتبر هـذه المماثله بل المماثله بین الیدین فی الیمنی والیسری کافیه فی جواز الاقتصاص.

[۲] حاصـله انّه إذا کـانت الزیـاده فی یـد أحـدهما فقط فإن کانت فی یـد الجانی وکانت الزایـده خارجه عن کفّه بأن کانت فی ساعده مثلاً یثبت القصاص علیه فی کفّه، یعنی یقطع المجنی علیه کفّ الجانی، لأنّ الزیاده فی الفرض تبقی للجانی.

وأمّـا إذا لم تکن خـارجه عن الکفّ فـإن کـانت فی سـمت الأصابع غیر ملتصـقه باصـبع یثبت القصاص فی الأصابع الأصـلیه من الجانی، یعنی یقطع المجنی علیه الأصابع الأصـلیه من الجانی ویبقی کفّه واصـبعه الزایده ویرجع المجنی علیه فی الکفّ الذی لم یقطعه للتغریر علی الجانی إلی الحکومه.

وأمّا إذا کانت الزیاده ملتصقه باصبع الجانی یثبت للمجنیّ علیه الاقتصاص فی

۱- (۱) جواهر الکلام: ۲۴/۴۰۳.

....

الشَرح:

غير تلك الأصبع ويرجع فى اصبعه التى لم يتمكن من الاقتصاص منه إلى ديتها كما يرجع فى الكفّ إلى الحكومه.

أقول: قد تقدّم انّ القصاص يثبت بالجنايه وإذا كانت الجنايه واحده والاقتصاص منها ممكن ثبت القصاص وإلّا يرجع إلى الديه، فالجنايه التى صدرت من الجانى قطع يد المجنى عليه لا قطع أصابعه، وإذا كانت اليد المشتمله على أصبع زايده من الجانى مماثله مع يد المجنى عليه كما هو كذلك ولو لم يكن فى يد المجنى عليه اصبع زايده تقطع يد الجانى فإنّ اصبعه الزايده لا حرمه له بعد ثبوت القصاص من يده وإن لم تكن مماثله فرضاً ينتقل الأمر إلى الديه ولا وجه لثبوت القصاص فى الأصابع، لأنّ الجنايه الصادره من الجانى وقعت على اليد لا على الأصابع.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت الزياده للمجنى عليه ثبت له القصاص من يد الجانى.

والمشهور كما التزم به الماتن أيضاً انّ المجنى عليه حيث لا يمكن له القصاص باصبعه الزايده يأخذ من الجانى ديتها وهو ثلث ديه الأصليّه، بل فى كلمات بعضهم دعوى الاجماع عليه، ولكن لم يثبت الديه فى الأصبع الزايده فى الفرض، لأنّه لم يقع الجنايه عليها، بل وقعت على اليد وكون اليد باليد فى القصاص مقتضاه عدم استحقاق المجنى عليه أزيد منها وقد تقدّم الكلام فى ذلك فيمن يده ناقصه اصبعاً أو أزيد وقد قطع اليد الكامله من الآخر، حيث ذكرنا أنّه ليس للمجنى عليه إلّا قطع يده الناقصه اصبعاً أو أزيد.

نعم، إذا قطعت الاصبع الزايده من المجنى عليه أوّلاً ثمّ قطع يده استحقّ المجنى عليه المطالبه بارش الأصبع الزايده وقطع يده بيده.

ولو كانت له أربع أصابع أصليه وخامسه غير أصليّه لم يقطع يد الجانى إذا كانت أصابعه كامله أصليه وكان للمجنى عليه القصاص فى أربع وأرش الخامسه[۱].

أمّا لو كانت الأصبع التى ليست أصليه للجانى ثبت القصاص، لأنّ الناقص يؤخذ بالكامل، ولو اختلف محل الزايده لم يتحقّق القصاص كما لا يقطع إبهام الشَرح:

[۱] قد يفرض الكلام فيما إذا قطع الجانى الأصابع من المجنى عليه خاصّه وكانت الأصابع الأربع من المجنى عليه أصليه والأخرى غير أصليه يتمّ ما ذكره قدس سره من أنّ المجنى عليه يقتصّ من أصابعه الأصليه ويرجع فى الزايده إلى الديه حيث لا مورد للقصاص منه.

وأمّا إذا انعكس الأمر بأن تكون الأصابع الأربع من الجانى أصليّه والأخرى زايده ثبت القصاص للمجنى عليه فى جميع أصابعه، لأنّ الناقص يؤخذ بالكلّ على ما تقدّم من الاقتصاص من اليد الشلّاء باليد الصحيحه، ولكن هذا خلاف فرض الماتن وظاهره وقوع الجنايه على اليد وعدم تساوى اليدين فى الأصابع، ففى الفرض قد تقدّم أنّ القصاص يقع على اليد لا على الأصابع، فلا فرق فى ذلك بين كون اليد التى بعض أصابعها غير أصليه من الجانى أو المجنى عليه فيثبت القصاص فى نفس اليد ولا اعتبار بالأصابع.

ومما ذكر يظهرالحال فيما كان الاختلاف بين اليدين فى الانمله أو فى الاصبع الزايده التى نبتت على الأصبع الأصليه فإنّه إن وقعت الجنايه فى الفرض على اليد فالأمر كما تقدّم، وإن وقعت على الأصابع من أصلها فهو أيضاً كما تقدّم بالإضافه إلى اختلاف الانمله والاصبع الزايده النابته على الاصبع، وأمّا إذا نبتت على الكفّ فلا يقطع أصليه بتلك الزايده.

بخنصر، ولو كانت لأنمله طرفان فقطعهما. فإن كان للجانى مساويه ثبت القصاص لتحقّق التساوى[۱] وإلّا اقتصّ وأخذ الأرش للطرف الآخر، ولو كان الطرفان للجانى لم يقتصّ منه وكان للمجنى عليه ديه أنملته وهو ثلث ديه الاصبع.

الشَرح:

[۱] ذكر قدس سره أنّه لو كان لأنمله طرفان فقطعهما الجانى، فإذا كان الجانى متساوياً مع المجنى عليه بأن كان له أيضاً أنمله لها طرفان قطعهما المجنى عليه قصاصاً، وإلّا قطع المجنى عليه أنملته وأخذ الارش لأنملته الاخرى التى لا يمكن القصاص منها.

وأمّا إذا انعكس الأمر بأن كان لأنمله الجانى طرفان ولم يكن لأنمله المجنى عليه كذلك لم يقتصّ من الجانى بل يأخذ ديه أنملته لعدم إمكان القصاص بالعقد المماثل أو للتعزير بالجانى بزياده القصاص عن جنايته، وديه الأنمله ثلث ديه الاصبع فى غير الإبهام ونصفها فى الإبهام على ما يأتى.

أقول: كان على المصنّف أن يلتزم بأنّه يجوز فى الفرض قطع طرفى الانمله من الجانى وردّ الديه الزايده وأيضاً يمكن الالتزام بأنّه إذا تميّز الطرف الأصلى من غير الأصلى وأمكن قطع الأصلى منفرداً جاز القصاص، وإذا لم يمكن إلّا بقطعهما قطعهما ويعطى ديه الزايده لو كان المستند فى بعض المسائل السابقه روايه الحسن بن العباس بن الحريش المتقدّمه(۱)، فإنّ هذا أيضاً داخل فى مقتضاها وإلّا فلا ردّ أصلاً.

۱- (۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۱۰ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ۱: ۱۲۹.

ولو قطع من واحد الأنمله العلياء ومن آخر الوسطى[۱] فإن سبق صاحب العلياء اقتصّ له وكان للآخر الوسطى وإن سبق صاحب الوسطى أخر فإن اقتصّ صاحب العليا اقتصّ لصاحب الوسطى بعده وإن عفا كان لصاحب الوسطى القصاص إذا ردّ ديه العليا ولو بادر صاحب الوسطى فقطع فقد استوفى حقّه وزياده فعليه ديه الزياده ولصاحب العليا على الجانى ديه أنملته.

الشَرح:

[۱] ذكر قدس سره إذا جنى على أحد بقطع أنملته العليا وعلى شخص آخر بقطع انملته الوسطى بأن لم يكن لهذا الآخر الانمله الاولى كان للمجنى عليه الأول قطع الانمله العليا من الجانى، ولو سبق إلى الاقتصاص من الجانى لم يمنع ويكون للمجنى عليه الثانى بعده قطع انملته الوسطى، فإن أراد المجنى عليه بقطع انملته الوسطى القصاص منع حتّى يقتصّ الأول من انملته العليا.

نعم، لو عفا الأول عن القصاص مجّاناً أو على مال ثبت للثانى الاقتصاص من أنملته الوسطى مع ردّ الديه على الجانى كما هو مقتضى خبر الحسن بن العباس بن الحريش المتقدّم.

ولو بادر فى الفرض المجنى عليه بقطع أنملته الوسطى فقطع الأنمله الوسطى من الجانى فقد استوفى حقّه مع زياده، فعليه ردّ ديه الانمله الاولى للجانى، لما تقدّم من أنّه إذا لم يمكن القصاص ينتقل الأمر إلى الديه.

أقول: قد تقدّم فى مسأله ما إذا قطع الجانى يد أحد وقتل آخر يجوز لأولياء الثانى الاقتصاص من الجانى بقتله وللمجنى عليه قطع يده فلو بادر المجنى عليه بالاقتصاص من الجانى بقطع يده فهو ولو بادر أولياء المقتول بقصاص النفس كان لهم ذلك لكونهم أولياء القصاص من غير ردّ الديه وبعده يرجع المجنى عليه بالديه لعدم إمكان الاقتصاص بيده المقطوعه.

الثالثه: إذا قطع يميناً فبذل شمالاً

الثالثه: إذا قطع يميناً فبذل شمالاً فقطعها المجنى عليه من غير علم، قال فى المبسوط: يقتضى مذهبنا سقوط القود[١]، وفيه تردّد، لأنّ المتعيّن قطع اليمنى فلا يجزى اليسرى مع وجودها وعلى هذا يكون القصاص فى اليمنى باقياً ويؤخّر حتّى يندمل اليسار توقياً من السرايه بتوارد القطعين.

الشَرح:

ويجرى ذلك فى الجنايه على الأطراف فلو قطع الجانى الأصبع من شخص واليد من شخص آخر فللمجنى عليه الثانى قطع يده من غير ردّ الديه فإن بادر المجنى عليه الأوّل بقطع اصبعه فهو وإلّا يكون حق مطالبه الديه مطلقاً أو إذا لم يكن للجانى اصبع مماثل فى يده الاخرى باقياً والالتزام بردّ الديه إذا قطع الانمله الوسطى على ما ذكره الماتن لا يمكن المساعده عليها لما ذكر من ضعف الخبر وأنّ الجنايه الصادره من الجانى كانت قطع الانمله الوسطى.

[١] قد تقدّم أنّ الجنايه عمداً على شخص بقطع يده اليمنى يوجب القصاص من الجانى بقطع يده اليمنى، نعم إذا لم يكن له إلّا اليسرى تقطع يسراه، وفى مفروض المسأله مع وجود اليمنى للجانى قطع المجنى عليه يسراه فذكر الماتن أنّ مع جهل المجنى عليه بأنّ ما يقطعه يسراه بل حتّى مع جهله بأنّ اليسرى لا تقطع باليمنى لا يسقط حقّ الاقتصاص من الجانى بقطع يده اليمنى.

نعم، قال فى المبسوط يقتضى مذهبنا سقوط القود، ولكنّه لا وجه له فإنّ مورد القصاص وهو اليد اليمنى من الجانى وقطع يده اليسرى كقطع عضو آخر منه عالماً فضلاً عن الجهل لا يوجب سقوط القصاص وعلى ذلك يقطع المجنى عليه يمناه، ولكن بعد اندمال اليسرى توقّياً من تغرير نفس الجانى من سرايه الجرحين، وحيث انّ المجنى عليه كان جاهلاً فى قطعه يسراه فلا يكون للجانى القصاص من تلك اليد بل يأخذ ديه يده اليسرى من المجنى عليه مع جهله أيضاً بالحال، حيث يحسب جنايه

وأمّا الديه فإن كان الجانى سمع الأمر بإخراج اليمنى فأخرج اليسار مع العلم بأنّها لا تجزى وقصده إلى إخراجها فلا ديه أيضاً.

ولو قطعها مع العلم، قال فى المبسوط: سقط القود إلى الديه، لأنّه بذلها للقطع فكانت شبهه فى سقوط القود وفيه إشكال، لأنّه أقدم على قطع ما لا يملكه فيكون كما لو قطع عضواً غير اليد وكلّ موضع لزمه ديه اليسار يضمن السرايه ولا يضمنها لو لم يضمن الجنايه ولو اختلفا فقال: بذلتها مع العلم لا بدلاً فأنكر الباذل[١] فالقول قول الباذل لأنّه أبصر بنيّته ولو اتّفقا على بذلها بدلاً لم تقع بدلاً.

الشَرح:

المجنى عليه شبه الخطأ بخلاف ما إذا كان عالماً بالحال وإخراج يسراه عمداً فإنّه لا يكون على المجنى عليه الديه مع جهله بالحال لكونه مغروراً والجانى غارّاً كما هو الحال فى تقديم طعام الغير إلى شخص سأل الطعام مجاناً.

نعم، إذا كان المجنى عليه عالماً بالحال وقطع يسراه عمداً تعلّق عليه القصاص بلا فرق بين كون الجانى عالماً بالحال وعدمه، لأنّ القطع جنايه عمداً وعلم الجانى أيضاً بالحال لا يخرجها عن العمد بل قد يقال بتعلّق الديه على المجنى عليه حتّى فى فرض جهله وعلم الجانى بالحال بدعوى الفرق بينه وبين تقديم طعام الغير بأنّ فى الثانى ظاهر تقديم الطعام أنّه ملكه للذى يقدّم فيجوز تناوله للمقدّم إليه وهذا بخلاف الفرض الأوّل فإنّ تقديم اليد اليسرى من قبل صاحبها للقطع بدلاً عن اليمنى لا يؤثّر فى جواز قطعها للمجنى عليه مطلقاً سواء كان عالماً بالحرمه أو جاهلاً.

[١] المفروض فى هذه الصوره أيضاً جهل المجنى عليه بأنّ المبذول اليد اليسرى أو أنّها لا تكون بدلاً عن اليمنى فى القطع واختلافهما فى علم الجانى فالمجنى عليه بعد قطعه اليسرى يدعى على الجانى الباذل انّك بذلت يسراك مع علمك بأنّها اليسرى ومع علمك بأنّها لا تقطع باليمنى والجانى ينكر علمه فقال أخطأت فى بذل

وكان على القاطع ديتها وله القصاص فى اليمنى لأنّها موجوده، وفى هذا تردّد[۱].

الشَرح:

اليسرى أو بذلتها بدلاً عن اليمنى مع جهلى بأنها لا تقطع ففى النتيجه المجنى عليه يدّعى براءه ذمّته عن الديه والجانى يدّعى استحقاقه الديه، وحيث انّ دعوى العلم على الجانى مخالف للأصل فإنّ الأصل عدم علمه بالحال فيحلف على نفى علمه فيأخذ ديه يسراه من المجنى عليه.

ويمكن أن يقال: لابدّ من التفرقه بين دعوى عدم الغفله فى تقديم اليسرى وبين دعوى العلم على الجانى بعلمه بأنّه لا ـ يقطع اليسرى باليمنى، ففى الفرض الثانى مقتضى الأصل عدم علم الجانى بالحكم فيضمن المجنى عليه الديه وأمّا مع اعتراف الجانى بأنّه يعلم بأنّه لا يقطع اليسرى باليمنى ولكن يدّعى خطأه فى بذل يسراه للدهشه ونحوها، فالأصل عدم غفلته فى تقديمه فعليه إثبات غفلته، وحيث لا يمكن إقامه البيّنه على غفلته إمّا أن يحلف المجنى عليه على عدم غفله الجانى فلا يثبت الديه عليه أو يردّ اليمين على الجانى فيحلف على غفلته فيأخذ ديه يسراه.

[۱] إذا كان المجنى عليه جاهلاً ـ بأنّ اليسرى لا ـ تقطع باليمنى وكذا الجانى الباذل يتعلّق على المجنى عليه ديه اليسرى وله الاقتصاص فى يمناه، لأنّ مورد القصاص من الجانى أى يمناه موجوده، وما فى المتن من قوله «فى هذا تردّد» لا وجه له.

لا يقال: إذا كان قطع المجنى عليه من جهه عفوه عن قصاص يمناه فى مقابل قطع يسرى الجانى يكون عفوه نافذاً من غير عوض، فإنّ العفو بالعوض إنّما يصحّ إذا كان بالمال لا فى مقابل بذل العضو الآخر.

فإنّه يقال: مقتضى ذلك بطلان العفو لا بطلان العوض أو وقوع العفو بإزاء الديه حتّى يتساقط الديتان بالتهاتر.

ولو كان المقتصّ مجنوناً فبـذل له الجانى غيرالعضو فقطعه ذهب هـدراً[۱] إذ ليس للمجنون ولا-يه الاستيفاء فيكون الباذل مبطلاً حقّ نفسه ولو قطع يمين مجنون فوثب المجنون فقطع يمينه قيـل: وقع الاستيفـاء موقعه وقيـل: لا يكون قصاصاً، لأنّ المجنون ليس له أهليّه الاستيفاء وهو أشبه، ويكون قصاص المجنون باقياً على الجانى وديه جنايه المجنون على عاقلته.

الشَرح:

[۱] وفى الجواهر(۱) هـذا فيمـا إذا كان عالماً بأنّ المقتصّ مجنون، وأمّا إذا كان جاهلاً بالحال يثبت له الـديه على عاقله المجنون نظير ما يقال فيما إذا وثب المجنون فقطع يمين الجانى.

أقول: قـد تقـدّم أنّ الجنـايه على المجنون لا يوجب الاقتصاص من الجانى، كما أنّ المجنون لا يقتصّ منه بجنايته على الغير، فإنّه لا قود لمن لا يقاد منه كما تقدّم ذلك فى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (۲).

وعليه، فإن بـذل الجانى الـذى قطع يـد المجنون يده قطعه المجنون فإن كان عالماً بأنّه مجنون تذهب يده هدراً، ويكون عليه ديه يـد المجنون، وكـذا إذا كان جاهلاً بأنّه مجنون أو جاهلاً بأنّه ليس بمجنون فإنّ الاتلاف يستند إلى نفسه بعـد كون المبـذول له مجنوناً بناءً على أنّ ما دلّ على تحمّل العاقله الديه لا يعمّ مثل الفرض. وأمّا إذا وثب المجنون فقطع يده يثبت على عاقله المجنون الـديه وعلى الجـانى أيضـاً الـديه للمجنـون يـدفعها إلى وليّه، بـل لو قيـل بـأنّه إذا جنى عاقـل على مجنون جنـايه تسـتدعى ثبوت القصاص على الجانى فإن كانت إفاقه المجنون مرجو فهو، وإلاّ ينتقل الأمر إلى الـديه فيأخذ وليّه الديه من الجانى سواء كان وليّه الأب أو الجد أو الحاكم مع فقدهما لأنّ حقّ

۱- (۱) جواهر الكلام: ۴۲/۴۱۵.

۲- (۲) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۸، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱: ۵۲.

الرابعه: لو قطع يدى رجل ورجليه خطأً

الرابعه: لو قطع يدى رجل ورجليه خطأً واختلفا فقال الولى: مات بعد الاندمال، وقال الجانى: مات بالسرايه، فإن كان الزمان قصيراً لا يحتمل الاندمال فالقول قول الجانى مع يمينه[۱]،

الشَرح:

اللاستيفاء فى القصاص غير ثابت للولى فينتقل الأمر إلى الديه.

[۱] ذكر قدس سره إذا قطع شخص يدى شخص آخر ورجليه خطأً ثمّ مات المجنى عليه فقال الولى: إنّ المجنى عليه مات بعد الاندمال، فعلى الجانى دفع ديه اليدين والرجلين، وقال الجانى: مات بالسرايه فعليه ديه النفس، فإن لم يكن بين الجنايه وموت المجنى عليه فصل زمانى، بحيث يحتمل فيه الاندمال يقدّم قول الجانى فيحلف على عدم موته بعد الاندمال، فيعطى ديه النفس.

بخلاف ما إذا كان بينهما فصل زمانى معتّد به بحيث يمكن موته بعد الاندمال، ففى هذه الصوره لا يكون قول الجانى مطابقاً للظاهر، بل الاحتمالان متكافئان والجنايتان واقعتان والأصل عدم استناد موته إلى سرايتهما فيثبت على الجانى ديه اليدين والرجلين.

أقول: يمكن المناقشه بأنّه مع قصر الزمان لا يكون ظهور فى موته بالسرايه إذا احتمل موته بسبب آخر كالدهشه من جرحه فالأصل فى عدم السرايه جار حتّى فيما إذا كان الزمان قصيراً لا يحتمل فيه الاندمال عادةً وعليه يكون الولىّ منكراً للسرايه فيحلف على عدمها فيأخذ الديّتين من غير فرق بين القول بأنّ السرايه مسقطه للديتين إلى ديه النفس أو كاشفه عن ثبوت ديه النفس من الأول، فإنّ على الثانى أيضاً يكون ثبوت الجنايه على اليدين والرجلين وجداناً مع ثبوت عدم السرايه بالحلف محرزاً لموضوع الديتين فلا تصل النوبه إلى عدم ثبوت الديتين على عهده الجانى.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما إذا كان الفصل بين الجنايه وموته طويلاً بحيث

فإن أمكن الاندمال فالقول قول الولی، لأنّ الاحتمالین متکافئان والأصل وجوب الدیتین، ولو اختلفا فی المده فالقول قول الجانی، أمّا لو قطع یده فمات وادعّی الجانی الاندمال فادّعی الولی السرایه فالقول قول الجانی إن مضت مده یمکن الاندمال[۱] [ولو اختلفا فالقول قول الولی، وفیه تردّد.

ولو ادّعی الجانی أنّه شرب سمّاً فمات، وادّعی الولی موته من السّرایه الشَرح:

یحتمل الاندمال، وأنّه یقدّم قول الولی ولا یجری فیه أنّ قول الجانی موافق لظاهر الحال کما فی الفرض السابق، فیحلف علی عدم السرایه فیأخذ الدیتین کما تقدّم.

وممّا ذکر یظهر أنّ ما ذکر الماتن قدس سره من أنّه لو اختلف الجانی والولی بأن قال الجانی: المدّه بین الجنایه والموت کانت قلیله لا ینذمل الجرح فیها، وقال الولی: کانت کثیره بحیث یندمل فیها، فإنّه یقدّم قول الجانی، وکأنّه لأصاله بقاء الجرح إلی زمان موته. ولکن فیه ما ذکرنا فإنّ الاستصحاب فی بقاء الجرح لا یثبت سرایته إلی النفس الموجبه لتعیّن دیه النفس بل مقتضی الاستصحاب فی عدم السرایه تقدیم قول الولی فیخلف علی عدم السّرایه فیثبت علی الجانی الدّیتان.

[۱] مراده قدس سره أنّه إذا کانت الجنایه موجبه لنصف الدیه کقطع إحدی یدیه ثمّ مات وقال الولی: مات بالسرایه، فعلی الجانی دیه النفس، وقال الجانی: مات بعد الاندمال، فلیس علیه إلاّ دیه الید، فالقول قول الجانی لما تقدّم من أنّ الأصل عدم السرایه.

ولکن قیّد الماتن تقدیم قول الجانی بما إذا کان الفصل بین الجنایه والموت بحیث یمکن اندمال فیه، ومقتضی التقیید أنّه فی فرض خلاف ذلک یقدّم قول الولی ولکن قد تقدّم عدم اعتبار الظهور حیث یحتمل استناد موته إلی سبب آخر کالدهشه والخوف لا إلی السرایه، وما ذکره قدس سره من أنّه فی صوره اختلافهما فی المدّه یقدّم قول الولی وکأنّه لأصاله عدم مضی المدّه بین الجنایه والموت، قد تقدّم أنّ مثل هذا الأصل

الخامسه: لو قطع اصبع رجل ويد آخر

فالاحتمال فيهما سواء[۱]، ومثله الملفوف فى الكساء إذا قدّه بنصفين وادّعى الولى أنّه كان حيّاً وادّعى الجانى أنّه كان ميّتاً فالاحتمالان متساويان فيرجّح قول الجانى بما أنّ الاصل عدم الضمان، وفيه احتمال آخر ضعيف.

الخامسه: لو قطع اصبع رجل ويد آخر اقتصّ للأوّل ثم للثانى[۲] ويرجع بديه اصبع، ولو قطع اليد اوّلاً ثمّ الاصبع من آخر اقتصّ للأول واُلزم للثانى ديه الاصبع.

الشَرح:

لا يثبت السرايه التى موضوع لثبوت ديه النفس، ولعّله لذلك ذكر التردّد فى تقديم قول الولى.

[۱] لا يخفى أنّ الموضوع لثبوت ديه النفس هو قتل الآخر خطأً ولو كان القتل بالسرايه والاستصحاب فى عدم شربه سمّاً لا يثبت أنّ موته يستند إلى قطع إحدى يديه بل الأصل فى عدم السرايه جار لا معارض، فيثبت على الجانى نصف ديه النفس.

ومما ذكر يظهر الحال فى الملفوف فى الكساء، فإنّ الاستصحاب فى حياته لا يثبت أنّ قدّه نصفين كان قتله حتّى يثبت مع التعمّد القصاص ومع الخطأ ديه النفس.

وعلى الجمله، الحكم فى الفرضين تقديم قول الجانى مع يمينه حتّى فيما إذا قدّ الملفوف فى الكساء وادّعى الولى أنّه كان حيّاً وقال الجانى كان ميّتاً فإنّه يجرى الاستصحاب فى عدم استناد الموت إلى الجانى وعدم كونه قاتلًا، والاستصحاب فى حياته لا يثبت استناد الموت إلى الجانى وأنّه قتله.

[۲] ذكر قدس سره أنّه إذا جنى على أحد بقطع اصبعه ثمّ جنى على آخر بقطع يده يتعيّن للأوّل الاقتصاص من الجانى بقطع الاصبع ثمّ يقتصّ الآخر منه من قطع يده ويأخذ هذا الثانى من الجانى ديه الاصبع أيضاً لمكان أصبعه الذى لم يقتصّ منه، وأمّا إذا قطع يد شخص أوّلاً ـ ثمّ قطع من آخر اصبعه يقتصّ الاوّل بقطع يد الجانى والثانى يرجع إلى ديه اصبعه لعدم بقاء مورد القصاص منه، وكأنّ كلّ ذلك لثبوت حقّ الأولويه لمن جنى عليه أوّلاً وأنّه اقتصّ المجنى عليه من يده الناقصه بالاصبع يأخذ ديه مكان النقص.

السادسه: إذا قطع أصبعه فعفا المجنى عليه

السادسه: إذا قطع أصبعه فعفا المجنى عليه قبل الاندمال، فإن اندملت فلا قصاص ولا ديه، لأنّه إسقاط لحقّ ثابت عند الابراء[١].

الشَرح:

وقد تقدّم منع كلا ـ الأمرين، لأنّ الثابت لكلّ من المجنى عليهما حقّ الاقتصاص من الجانى بلا فرق بين كون الجنايتين بالإضافه إلى شخصين تدريجيه أو دفعيه وكلّ منهما إذا سبق فإن كان للاقتصاص مورد يقتصّ من غير استحقاقه الرجوع إلى ديه النقص، وإن لم يبق للاقتصاص مورد يأخذ الديه، لعدم إمكان الاقتصاص لما دلّ على أنّ مع عدم إمكان القصاص لا يذهب الدم هدراً.

[١] المراد أنّه إذا قطع اصبعه عمداً فإن عفا المجنى عليه قبل الاندمال وكذا إذا عفا فيما يوجب الديه على الجانى كما لو قطع اصبعه خطأً فاندملت، يكون عفوه فى الأوّل موجباً لسقوط القصاص، وفى الثانى لسقوط الديه، حيث انّ المجنىّ عليه يستحقّ الاقتصاص فى الأوّل والديه فى الثانى بمجرّد حدوث الجنايه، كما هو ظاهر خطابات القصاص والديه.

ودعوى توقّف استحقاقه أحدهما يكون بالاندمال لما ورد فى موثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «لا يقضى فى شىء من الجراحات حتّى تبرأ»(١)، ومقتضاها توقّف الحكم فى الجراحات على الاندمال، مدفوعه بأنّ هذا يكون فى الموارد التى يكون للاندمال أثر فى تغيير الحكم، وأمّا فى ما لم يكن الحكم متغيّراً بالاندمال فلا معنى لإيقاف الحكم فيه على الاندمال، كما إذا قطع اصبعه عمداً وسرى اتفاقاً إلى الكفّ فإنّ هذه السرايه لا توجب سقوط القصاص من اصبع الجانى، غايه الأمر أنّه إذا اندملت يكتفى بالقصاص من اصبعه وإذا سرت يأخذ المجنى عليه ديه كفّه أيضاً.

١- (١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٤٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢: ٢١١.

....

الشَرح:

نعم، فی ما إذا قطع اصبعه بقصد أن ینقطع کفّه أو کانت الجراحه مسریه عادهً فإنّه إذا اندملت یقتصر فیه علی القصاص بالاصبع وإذا سرت إلی الکفّ یؤخذ القصاص من الکفّ ففی هذه الصوره وان کان یتوقّف ما یستحقّه المجنی علیه من القصاص بأنّه من الاصبع أو من الکفّ علی الاندمال وعدمه إلّا أنّه لا مانع من عفوه عن الجنایه سواء کان موجبها القصاص من الجانی باصبعه أو کفّه.

وهکذا لو قیّد عفوه بما إذا کان موجبها القصاص من الاصبع سقط القصاص إذا اندملت دون دیه الکفّ إذا سرت، فنفوذ العفو عن الاقتصاص بإصبعه مع فرض الاندمال ولو فیما بعد، لا یتوقّف إلّا علی إحراز الحقّ الفعلی ومادام لم تسر الجنایه فحقّ المجنی علیه القصاص فی الاصبع فقط.

نعم إذا سرت إلی الکفّ یکون له الحقّ فی أخذ دیه الکفّ أیضاً إذا لم تکن السرایه موجبه للقصاص ومع کونها موجبه له، یتبدّل إلی القصاص فی الکفّ.

وعلی ذلک، فلو قطع اصبع الجانی قصاصاً ثمّ سرت جراحه المجنیّ علیه إلی الکفّ یکون له القصاص من کفّ الجانی إذا کانت السرایه موجبه للقصاص. فإن کان المجنی علیه عالماً بتلک السرایه، یکون للجانی أیضاً حقّ الاقتصاص من اصبعه التی قطعها المجنی علیه أو أخذ دیتها کما هو الحال فی صوره جهل المجنیّ علیه بالسرایه. کما أنّ عفو المجنی علیه فی هذه الصوره قبل السرایه عن الجنایه علیه فی اصبعه لا أثر له فی سقوط دیه الکفّ أو القصاص فیه حیث أنّه إسقاط لما لا یجب، حیث انّ الدیه تثبت بعد سقوط الکفّ بالسرایه الاتفاقیه والقصاص فیها أیضاً یثبت بعد سقوط الکفّ بالسرایه الموجبه للقصاص.

ونفوذ العفو فی بعض الموارد کأخذ الطبیب البراءه عن ولیّ المریض، لا یوجب

ولو قال: عفوت عن الجنايه، سقط القصاص والديه، لأنّها لا تثبت إلّا صلحاً، ولو قال: عفوت عن الجنايه، ثمّ سرت إلى الكفّ سقط القصاص فى الاصبع وله ديه الكف، ولو سرت إلى نفسه كان للولى القصاص فى النفس بعد ردّ ما عفا الشَرح:

تسريته إلى غيره مما لم يتمّ فيه دليل خاص على نفوذ البراءه.

ولو كانت جنايه الجانى عمديّه فعفا المجنى عليه الجنايه للجانى سقط عنه القصاص منه كما لا يكون عليه ديه، لأنّ ثبوت الديه فى الجنايه العمديه يكون بالصلح أى عفو حقّ القصاص بالديه برضا الجاني، والمفروض عفو المجنى عليه الجنايه بلا عوض.

ثمّ ذكر قدس سره أنّ عفا المجنى عليه عن الجنايه العمديه على اصبعه ثمّ سرت الجراحه إلى كفّه سقط القصاص فى اصبعه حيث عفا عنه ولكن يكون على الجانى ديه الكفّ وعلّل بعضهم أنّه يلزم من عفو الجنايه العمديه على اصبعه عفو ما يحدث منها بمعنى أنّ السرايه فى الجنايه على العضو لا يوجب القصاص وان كان يثبت القصاص فى النفس بالسرايه ولكن لا قصاص فى الأطراف بالسرايه.

ولا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كانت السرايه اتفاقيه فلا توجب القصاص لا فى الأطراف ولا فى النفس، وإنّما توجب الديه، وإن كانت الجنايه بقصد السرايه أو كونها بآله تسرى عاده يثبت القصاص بالسرايه فى الأطراف وفى النفس، لصدق كونها جنايه عمديه.

وما ذكر الماتن قدس سره من أنّ فى الجراحه بقطع الاصبع فيما لو سرت إلى النفس يثبت القصاص على إطلاقه، غير صحيح، فإنّه إنّما يكون كذلك إذا كانت السرايه مقصوده للجانى أو كانت السرايه إلى النفس أمراً عادياً غالبياً، وإلّا فعلى الجانى الديه كما أنّه فيما كانت السرايه إلى الكفّ اتفاقيه يثبت ديتها وإلّا ثبت القصاص فى الكفّ،

عنه[١]، ولو صرّح بالعفو صحّ فيما كان ثابتاً وقت الابراء وهو ديه الجرح، أمّا القصاص فى النفس أو الديه ففيه تردّد، لأنّه إبراء مما لم يجب، وفى الخلاف: يصحّ العفو عنها وعمّا يحدث عنها فلو سرت كان عفوه ماضياً من الثلث، لأنّه بمنزله الوصيه.

الشَرح:

غايه الأمر يكون على المجنى عليه مع الاقتصاص بالاصبع أوّلاً مع جهله بسرايه جرحه ديه اصبع الجانى بل مع علمه بها أيضاً إذا قلنا بعدم مورد القصاص مع سقوط كفّه وانّ الاصبع من كفّه الآخر لا يقوم مقامه.

[١] قد ظهر مما تقدّم أنّه لا أثر لعفو المجنى عليه فى صوره السرايه إلى النفس بل إذا كانت السرايه موجبه للقصاص يكون للولى القصاص من غير ردّ شىء ولو مع عفو المجنى عليه عن جنايته فإنّ الجنايه موجبه للقصاص فى النفس، وهذا حقّ الولى دون المجنى عليه، وأمّا إذا كانت موجبه للديه فالديه وإن كانت ملكاً للميت ويعمل معها معامله التركه إلاّ أنّها تثبت بموت المجنى عليه، فإسقاط المجنى عليه ديه النفس إسقاط لما لا يجب، كما لا يخفى.

وعلى الجمله فيما إذا لم تعدّ السرايه إلى النفس قتلاً عمدياً تكون الجراحه المفروضه مما يقتصّ بها، فإن اقتصّ المجنى عليه بها فالاقتصاص حقّه وإذا سرت إلى النفس يكون على الجانى ديه نفسه بموته فلا يكون أثر لعفوه عن ديه النفس فإنّ العفو فى الحقيقه إبراء وإسقاط لما لم يجب عند العفو.

نعم إذا عفا عن القصاص فى الجراحه مع سرايتها إلى نفسه ولو فيما بعد نفذ العفو فى القصاص من الجراحه ولا ينفذ فى إسقاط الديه.

ودعوى أنّ العفو عن الديه وصيّه لحسابها من ثلثه كماترى.

وأمّا إذا كانت السرايه موجبه للقصاص فى النفس فلا ينفذ عفوه أصلاً، فإنّ

السابعه: لو جنی عبد علی حرّ

السابعه: لو جنی عبـد علی حرّ جنایه تتعلّق برقبته فإن قال: أبرأتک، لم یصـح، وإن أبرأ السـید صحّ، لأنّ الجنایه وإن تعلّقت برقبه العبد فإنّه ملک للسید، وفیه إشکال من حیث أنّ الابراء إسقاط لما فی الذمّه، ولو قال: عفوت عن أرش هذه الجنایه صح[۱].

ولو ابرأ قاتل الخطأ المحض لم یبرأ[۲]، ولو ابرأ العاقله أو قال: عفوت عن أرش هذه الجنایه صحّ، ولو کان القتل شبیه العمد فإن ابرأ القاتل أو قال: عفوت عن أرش هذه الجنایه صحّ، ولو أبرأ العاقله لم یبرأ القاتل.

الشَرح:

القصاص ولایه ثابته لأولیائه بموته بل لو اقتصّ قبل موته فی الجراحه یکون علیه دیه الجراحه تؤخـذ من ترکته، لأنّ القصاص مع عدم علمه بالسرایه یعدّ جنایه خطئیه علی الجانی فیکون له علی المجنی علیه دیتها.

[۱ [ما ذکر قـدس سـره مبنیّ علی التفرقه بین الإبراء والعفو بأنّ الأول إسـقاط لما فی الذمّه قبل الإسـقاط، وإذا لم یکن فی الذمّه شیئاً قبله بل یتحقّق فی الـذمّه فیما بعـد یکون إسـقاطاً لما لا یجب فلا یصـحّ بخلاف الثانی، یعنی العفو، فإنّ المعفو عنه یعمّ ما لم یثبت فی الذمّه بأن یکون شـیئاً إذا دفعه الغیر یستحقّه کما إذا کانت جنایه العبد علی الحرّ بما ینقص أرشها عن قیمه العبد فإنّه لو ادّعی المولی الأرش فهو وإلاّ یکون للمجنی علیه استرقاقه بالحصّه، فیباع العبـد فیأخـذ أرش الجنایه ویـدفع الباقی إلی مولاه ففی مثل الفرض إذا عفا المجنی علیه عن الأرش صحّ ونفذ.

[۲] هـذا مبنی علی مـا هو المشـهور من أنّ معنی تحمّل العاقله الـدیه فی الخطأ المحض اشـتغال ذممهم، وعلی ذلک یکون إبراء القاتل بالخطأ المحض لغواً ولم تبرأ ذمّه العاقله. وأمّا بناءً علی اشـتغال ذمّه الجانی بالدیه بلا فرق بین الخطأ المحض والعمد لخطأ وإنّما العاقله فی الخطأ المحض مکلّفون بإفراغ ذمّته صحّ الإبراء ولم یجب علی

....

الشَرح:

العاقله دفع الـديه ولو ابرأ العاقله فى العمـد لخطأ لكان الإبراء لغواً، لأنّ العاقله لا شأن لهم فى الجنايه التى من شبيه العمد، نعم إذا عفا الجانى أو أبراه فى هذا الفرض نفذ.

والحمد للّه أولاً وآخراً

****

محتويات الكتاب

الأول: التساوی فی الحریه او الرّق... ۷۸

ص: ۳۲۵

ص: ۳۲۶

السادسه: لو شهدا أنّه قتل زيداً عمداً... ۱۹۱

السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب··· ۲۵۰

ص :۳۲۸

ولا أصليّه بزايده... ۳۰۰

ص :۳۲۹

مسائل:

المجلد ۴

الدیات

اشاره

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام کتاب الدیات/جواد التبریزی

مشخصات نشر : قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، ۱۴۲۸ق=۱۳۸۶.

مشخصات ظاهری : ۴۰۰ ص.

وضعیت فهرست نویسی : در انتظار فهرستنویسی (اطلاعات ثبت)

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲۹۸۵۵۵

کتاب الدیات

ص :۱

اشاره

المَوسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ مَبانى الاحكامِ

كتابُ الدّيَّات

شرايع الاسلام

ص :٢

والنظر فی أَمور أربعه:

النظر الأوّل

ص :۶

الأوّل

فی أقسام القتل ومقادیر الدیات[۱]

القتل عمد، وقد سلف مثاله، وشبیه العمد: مثل أن یُضرب للتأدیب فیموت، وخطأ محض: مثل أن یرمی طائراً فیصیب إنساناً.

وضابط العمـد: أن یکون عامـداً فی فعله وقصـده، وشبیه العمـد: أن یکون عامداً فی فعله، مخطئاً فی قصده، والخطأ المحض: أن یکون مخطئاً فیهما.

الشَرح:

النَّظرُ الأوّل

أقسام القتل

[۱] ذکر قدس سره فی الأمر الأوّل أقسام القتل أی الجنایه علی النفس ومقادیر دیات النفس والتزم کما علیه الأصحاب بأنّ أقسام القتل ثلاثه: العمـد وشـبه العمـد والخطأ المحض، والضابط فی قتل العمـد أن یکون الجانی قاصداً لکلّ من الفعل وترتّب إزهاق الروح علیه، بخلاف شـبه العمد فإنّه یکون الجانی فیه قاصداً للفعل من غیر قصده قتل المضـروب، وأمّا الخطأ المحض فلا یکون قاصداً للفعل الواقع خارجاً کما إذا رمی طیراً فلم یصـبه بل أصاب شخصاً فقتل به ویعبّر عن هذا القسم الأخیر فی بعض الروایات بالخطأ الذی لا شکّ فیه.

أقول: قـد ذکرنا فی کتاب القصاص أنّه لا ینحصـر القتل عمداً المترتب علیه القصاص علی ما إذا قصد الجانی بفعله القتل، بل لو کان فعله ما یقتل الشخص عاده یحسب فعله مع ترّتب الموت علیه، القتل عمداً کما یدلّ علی ذلک صحیحه أبی العباس وزراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إنّ العمد أن یتعمّده فیقتله بما یقتل

....

الشَرح:

مثله، والخطأ أن يتعمّـده ولا يريـد قتله يقتله بما لا يقتل مثله، والخطأ الـذى لاشكّ فيه أن يتعمّـد شـيئاً آخر فيصـيبه»(۱) ومعتبره السـكونى عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «جميع الحديد هو عمد»(۲) وصـحيحه سـليمان بن خالد قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل ضـرب رجلاً بعصا فلم يرفع عنه حتّى قتل أيـدفع إلى أولياء المقتول؟ قال: «نعم ولكن لا يترك يعبث به ولكن يجاز عليه»(۳) وفى صـحيحه الفضل بن عبـدالملك بروايه الصـدوق عن أبى عبـداللّه عليه السـلام : «إذا ضـرب الرجل بالحديده فذلك العمد»(۴).

وعلى الجمله، إذا أراد الجـانى بفعله القتل وترتب عليه الموت يحسب ذلك القتل عمـدياً حيث يعمّه مادلّ على أنّ من قتل نفسـاً متعمّداً، وكذلك فيما إذا كان فعله بما يقتل مثله وترتّب عليه موته وإن لم يكن قاصداً قتله كما يدلّ على ذلك التفرقه بين القتل عمـداً وبين القتـل شبيه العمـد فى صـحيحه زراره وأبى العبّـاس المتقـدّمه بأنّ: «العمـد أن يتعمّـده فيقلته بما يقتل مثله والخطأ أن يتعمّـده ولا يريد قتله يقتله بما لا يقتل مثله» فإنّ انحصار شـبه العمد بما إذا لم يقصد القتل وإن كان فعله بما لا يقتل مثله مقتضاه أن مع قصـد القتل يكون القتل عمـدياً وإن لم يكن فعله بما يقتل عاده، وكـذا مع عـدم قصـده القتل ولكن حصوله بما يقتل مثله حيث قيّد الإمام عليه شبه الخطأ بمجموع كلا الأمرين عدم قصد القتل وعدم كون فعله بما يقتل مثله.

أضف إلى ذلك ما ورد فى معتبره السكونى وصحيحه أبى العبّاس البقباق المتقدّمتين من أنّه «إذا ضرب الرجل بالحديده فذلك العمد» و «جميع الحديد

۱- (۱) وسائل الشيعه، ۲۹ : ۴۰ ، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه، ۲۹ : ۴۰ ، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱۴.

۳- (۳) وسائل الشيعه، ۲۹ : ۳۹ ، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱۲.

۴- (۴) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۰۵ ، الحديث ۵۱۹۵.

....

الشَرح:

عمـد». ولا يخفى كما تقـدّم فى كتاب القصاص أنّه يعتبر فى ترتّب القصاص على العمـد كون القتل عـدواناً وإذا كان بحقّ كما فى مورد القصـاص، ولو كان القصاص من الجروح فسـرت إلى النفس فلا يترتّب عليه القصاص، وكـذا إذا كان القتل عمـداً من الجانى الـذى لا يتعلّق عليه القصاص، كما إذا كان القاتل مجنوناً أو صـغيراً أو كان أباً للمقتول أو كان مسـلماً والمقتول كافراً أو كان حرّاً والمقتول رقّاً إلى غير ذلك ممّا تقدّم.

وتقدّم أيضاً أنّه من القتل بشـبه العمد ما إذا قصد قتل شـخص باعتقاد أنّه كافر حربى ثمّ ظهر بعد القتل أنّه مسلم، وكذا إذا قصد قتل زيـد واعتقـد أنّ الجالس هو زيـد فقتله ثمّ ظهر أنّه كان عمراً فإنّه لا يتعلّق فى شـىء من الفرضـين القصاص على الجانى، بل يكون عليه الديه، ولكن ربّما يشكل فى إخراج الفرض الثانى عن القتل عمداً فيما كان كلّ من زيد وعمرو محقون الدم.

أقول: لايتأمّل فى ترتّب القصاص فيما كان من قصده قتل الجالس سواء كان زيداً أو عمراً وإن كان اعتقاده هو أنّه زيد، بخلاف ما إذا كان قاصـداً قتل زيـد فقط بحيث لو كان يحتمل أنّه عمرو ما قتله ففى الفرض لا مورد للقصاص؛ لأنّه لم يقصـد قتل عمرو عـدواناً عليه وقصـده قتل زيـد عـدواناً لا يوجب كون قتل عمرو عـدواناً ولا يبعد أن يعمّ الفرض ما فى صـحيحه الحلبى، قال أبو عبداللّه عليه السـلام : «العمد كلّ ما اعتمد شيئاً فأصابه بحديده أو بحجر أو بعصا أو بوكزه فهذا كلّه عمد، والخطأ من اعتمد شيئاً فأصاب غيره»(۱) فإنّه يصـدق فى الفرض أنّه قصد زيداً وأصاب غيره، ونظير ذلك ما إذا قدّم الطعام المسـموم إلى عمرو باعتقاد أنّه زيد لظلمه ونحوها فأكل عمرو فمات وكان قاصداً قتل زيد فقط فإنّه يثبت عليه الديه لا القصاص.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۳.

وكذا الجنايه على الأطراف تنقسم هذه الأقسام[١].

الشَرح:

[١] قد تقدّم فى كتاب القصاص أنّ الجنايه فى الأطراف أيضاً تنقسم بالأقسام الثلاثه وأنّ القسمه لاختلاف حكم الجنايه فيها ويدّل على جريان القصاص فى الأطراف مع أنّه المتسالم عليه صحيحه إسحاق بن عمّار، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها(١)، وصحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى الجرح فى الأصابع إذا أوضح العظم عشر ديه الإصبع إذا لم يرد المجروح أن يقتصّ(٢)، وكذا ماورد فى الجنايه فى الأعضاء كالعين واليد وغيرهما ممّا يأتى، وقبل الروايات يدلّ على ثبوت القصاص فى الأطراف قوله سبحانه: «والجروح قصاص»(٣).

نعم، يأتى بعض الجروح ونحوها ممّا قام الدليل على عدم ثبوت القصاص فيها ويؤيد الحكم بما رواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن زياده بن سوقه، عن الحكم بن عتيبه، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قلت: ما تقول فى العمد والخطأ فى القتل والجراحات؟ قال: فقال: «ليس الخطأ مثل العمد، العمد فيه القتل والجراحات فيها القصاص، والخطأ فى القتل والجراحات فيها الديات»(۴) ورواها فى الفقيه(۵) بسنده إلى هشام بن سالم والتعبير بالتأييد لضعف السند بالحكم بن عتيبه.

ثمّ إنّ المعيار فى الجنايه خطاءً التى تعدّ شبه العمد وعبّر ذلک بالخطاء الذى

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٧۶ ، الباب ١٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٧۶ ، الباب ١٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٢.

٣- (٣) سوره المائده: الآيه ۴۵.

۴- (۴) تهذيب الأحكام ١٠ : ١٧۴ ، الحديث ٢١.

۵- (۵) من لا يحضره الفقيه ۴ : ١٠٩ ، الحديث ۵٢٠٩.

....

الشَرح:

فيه شكّ ما إذا كان الفاعل قاصداً الفعل بما لا يقتل مثله ولم يكن من قصده القتل كما دلّ عليه صحيحه أبى العبّاس وزراره عن أبى عبداللّه عليه السلام (۱).

وقد ذكر خلاف فى أنّه إذا قصد القتل بما لا يقتل مثله واتّفق القتل فهل هذا ملحق بالقتل عمداً المترتّب عليه القصاص أو أنّه من القتل خطاءً والثابت فيه الديه على القاتل؟

وقد يقال بالثانى ويستدلّ على ذلك بأنّ القصد بما لا يقتل لا يكون إلّا كالقصد المجرد إلى القتل وكما أنّ القصد المجرد لا يوجب قصاصاً لو اتّفق الموت، وكذا قصده مع فعل ما لا يقتل عاده وبأنّ العمد فسّر فى صدر صحيحه أبى العباس وزراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «أن يتعمّده فيقتله بما يقتل مثله»(۲) ومقتضى التقييد بما يقتل مثله أن لا يكون الفعل بما لا يقتل مثله عمداً.

وفيه أنّ القصد المجرّد مع عدم الفعل لا يوجب الاستناد ليترتّب عليه القصاص أو الديه لا على القاصد ولا على عاقلته، وما ورد فى صدر الصحيحه فلا دلاله فيه على أنّه إذا قصد القتل بالفعل الذى لا يقتل عاده مع ترتّب الموت عليه لا يكون قتلًا عمدياً، بل مدلولها أنّ قصد شخص وفعل ما يقتل مثله بذلك الشخص قتل عمدى إذا قتل سواء قصد بفعله هذا قتله أم لا.

ودعوى ظهور الصدر فى قصد القتل لا يمكن المساعده عليها؛ فإنّ قصد القتل بما يقتل مثله فرد غالبى من القتل، ولكن لا يخرج الصدر عن ظهورها الإطلاقى، وغايه الأمر أنّ الصدر لا يشمل صوره من القتل عمداً وهى ما لو قصد القتل بالفعل

۱- (۱) تقدّمت فى الصفحه ۷.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۴۰، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۱۳.

....

الشَرح:

الذی لا یقتل عاده إذا ترتّب علیه الموت، وهذه الصوره تفهم من اعتبار الأمرین فی شبه العمد أحدهما عدم إراده القتل، والثانی ترتّب الموت علی الفعل بما لا یکون قاتلاً عاده.

والحاصل أنّ القصد إلی القتل بالفعل الذی لا یقتل عاده مع ترتّبه علیه قتل عمد یعمّه قوله سبحانه: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً»(۱).

وأمّا الخطاء المحض الذی عبّر عنه بالخطاء الذی لا شکّ فیه فهو ما إذا فعل ولم یقصد وقوعه أو إصابته علی أحد ولکن وقع وأصاب إنساناً فقتله أو جرحه، کمن رمی طیراً فأخطأ فأصاب إنساناً وقد ورد ذلک الحدّ فی ذیل الصحیحه المتقدّمه(۲) وغیرها من الروایات ومقتضی ذلک أنّه إذا لم یرد الفعل أصلاً بل لم یکن صدور فعل عن الشخص اختیاراً بل الفعل وقع من غیر اختیار وترتّب علیه قتل شخص أو جرحه فلا یکون فی البین ما یوجب القصاص أو الدیه علیه أو علی عاقلته، کمن أسقطه الریح من علو فوقع علی إنسان فقتله بإصابته.

وما عن جمله من الأصحاب من إدخال مثل ذلک فی القتل خطاء لا أعرف لها وجهاً إلّا دعوی عدم ذهاب دم أحد هدراً ولکنّه لا یعمّ الموارد التی یحسب فی العاده من قضاء اللّه المحض وتقدیره، کما یدلّ علی ذلک جمله من الروایات کصحیحه عبید بن زراره قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل وقع علی رجل فقتله؟ قال: «لیس علیه شیء»(۳) وصحیحه محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیه السلام فی الرجل یسقط علی الرجل فیقتله، قال: لا شیء علیه، وقال: من قتله القصاص فلا دیه له(۴).

۱- (۱) سوره الإسراء: الآیه ۳۳.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۴۰، الباب ۱۱ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۱۳.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۵۶، الباب ۲۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۵۶، الباب ۲۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲.

وديه العمـد: مئه بعير من مسـان الإِبـل، أو مئتـا بقره، أو مئتـا حُلّه كـلّ حلّه ثوبـان من برود اليمن، أو ألف دينار، أو ألف شاه. أو عشره آلاف درهم[۱]،

الشَرح:

ديه العمد

[۱] كون ديه النفس فى القتل عمـداً أحـد أُمور سـتّه متسالم عليه بين الأصـحاب وهى: مئه إبل أو مئتا بقره أو مئتا حلّه وكلّ حلّه ثوبان أو ألف دينار أو ألف شاه أو عشره آلاف درهم.

ويشـهد لـذلك صـحيحه عبـدالرحمن بن الحجاج قال: سـمعت ابن أبى ليلى يقول: كانت الـديه فى الجاهليه مئه من الإبل فأقرّها رسول اللّه صلى الله عليه و آله ثمّ إنّه فرض على أهل البقر مئتى بقره، وفرض على أهل الشاه ثنيّه، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهـل الورق عشـره آلاـف درهم، وعلى أهـل اليمن الحلل مئتى حلّه، قال عبـدالرّحمن بن الحجاج: فسألت أبا عبـداللّه عما روى ابن أبى ليلى، فقال: كان على عليه السـلام يقول: الديه ألف دينار وقيمه الدينار عشره دراهم، وعشره آلاف لأهل الأمصار، وعلى أهل البوادى مئه من الإبل، ولأهل السواد مئتا بقره أو ألف شاه(۱).

وفى صـحيحه الحلبى، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: الديه عشـره آلاف درهم أو ألف دينار، قال جميل: قال أبوعبداللّه عليه السلام : الديه مئه من الأبل(۲). وهـذه لا تنافى ثبوت غير ذلك من الأنواع التى وردت فى الصـحيحه المتقدّمه وغيرها من البقره أو الشـاه، وصـحيحه جميـل بن درّاج فى الـديه قـال: ألف دينار أو عشـره آلاف درهم ويؤخـذ من أصـحاب الحلل الحلل، ومن أصحاب الإبل الإبل، ومن أصحاب الغنم الغنم، ومن أصحاب البقر البقر(۳). وهذه الروايه وإن كانت روايه لقول جميل بن درّاج

ص :۱۳

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۹۳ ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۹۵ ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث ۵.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۹۵ ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

....

الشَرح:

ولم يسند متنها إلى المعصوم علیه السلام إلاّ أنّه لا يحتمل أن يلتزم جميل بن درّاج بما لم يسمعه منه علیه السلام وعدم ذكر الإمام علیه السلام ، الحلل في ذيل صحيحه عبد الرحمن بن الحجّاج لا يدلّ على نفى كونها من أفراد الديه، ولكن إذا كان المراد من الحلّه مطلق ثوبين كما هو ظاهر الروايات فلا يناسب سائر أنواع الديه بل لا يناسب ماورد من أنّ ديه العبد قيمته ما لم يزد على الديه.

ثمّ إنّ الديه لا تكون تنويعه بحسب أصناف الناس بأن يختص كلّ نوع من الديه بصنف من الأشخاص بحيث لا يكون تخيير بين الأُمور الستّه في موارد ثبوت ديه العمد بالمصالحه والتراضي عليها أو لعدم إمكان القصاص؛ وذلك فإنّ الظاهر من الروايات المتقدّمه وغيرها أنّ التنويع الوارد في الروايات كالتنويع الوارد في مواقيت الإحرام أو زكاه الفطره بلحاظ تسهيل الأمر بالإضافه إلى أصناف الناس لا- تعيّن كلّ نوع بصنف من الناس وعلى ذلك فالموارد التي ورد الأمر فيها بردّ الديه أو نصفها يؤخذ بالإطلاق فيها ويكون الأمر على التخيير بين الأُمور الستّه.

ثمّ إنّه ورد في بعض الروايات مقدار الدرهم باثني عشره ألفاً من الدراهم كصحيحه عبد اللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام يقول: من قتل مؤمناً متعمّداً قيد منه إلاّ أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه فإن رضوا بالديه وأحب ذلك القاتل فالدّيه اثنا عشر ألفاً أو ألف دينار أو مئه من الإبل وإن كان في أرض فيها الدنانير فألف دينار، وإن كان في أرض فيها الإبل فمئه من الإبل، وإن كان في أرض فيها الدراهم فدراهم بحساب ذلك اثنا عشر ألفاً(۱). فإنّ ذكر الاثني عشر ألفاً مع كون الديه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۹۶ ۱۹۷، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث ۹.

....

الشَرح:

عشره آلاف يمكن أن يكون لاختلاف الـدراهم بالإضافه إلى ألف دينار الـذى هو مثقال شـرعى من الذهب مطلقاً أو خصوص المسكوك منه أو أنها لرعايه التقيّه حيث إنّ اثنى عشر ألفاً منسوب إلى العامّه.

قال الشيـخ قدس سره بعد ما قال: فقد ذكر الحسـين بن سـعيد وأحمد بن محمد بن عيسـى معاً أنّه روى أصحابنا أنّ ذلك يعنى اثنى عشـر ألف درهم من وزن ستّه : وإذا كـان ذلـك كـذلك فهو يرجع إلى عشـره آلاف(١). ويمكن أن يكون هـذه الأخبار وردت للتقيّه؛ لأنّ ذلك مذهب العامّه.

وأيضاً قـد ورد فى بعض الروايات أنّ الـديه بألفين من الغنم كما فى صـحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبدالله عليه السـلام عن ديه العمـد؟ فقـال: «مئه من فحوله الإبـل المسان فإن لم يكن إبل فمكان كلّ جمل عشـرون من فحوله الغنم»(٢) فإنّ ظاهرها عدم جواز الغنم مع وجود الإبل ومع عدمه يعطى بدل إبل عشـرون من فحوله الغنم، وليس من أصـحابنا من يلتزم بذلك مع أنّها معارضه بالروايات التى لا يبعد دعوى تواترها الإجمالى بأنّ مقدار الغنم ألف فى الديه.

نعم، لا يبعد تعيّن الأخذ بما فى صدرها من كون مئه إبل من المسان والفحوله ويقيّد الإطلاق الوارد فى بعض الروايات.

ودعوى أنّ عشـرين شـاه فيمـا إذا أُعطيت قيمه عن الإبل أيضاً لا يساعـده الاعتبار فإنّ قيمه إبل لا يساوى عشـرين شاه من فحوله الغنم مطلقاً.

١- (١) التهذيب ١٠ : ١٦٢ ، ذيل الحديث ٢۴.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٠٠ ، الباب ٢ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢.

....

الشَرح:

ثمّ إنّ الماتن قدس سره قد قيّد الحلّه بل فسّرها بثوبين من برود اليمن، وقد تقدّم أنّ كون الحلّه من الديه لا بأس بالالتزام به لقول جميل بن دراج المتقدّم حيث يبعد أن يذكره من أنواع الديه من غير سماع عن الإمام عليه السلام وبما أنّ إطلاقها لا يمكن الأخذ به لعدم الاكتفاء بثلاثه حلل وما فوق فلابدّ من أن يؤخذ بالقدر المتيقّن في كونها ديه، والقدر المتيقّن كونها مئتين وكونها من برود اليمن، والاكتفاء بالأقل أي بمئه غير ثابت فإنّ في المروي في التهذيب مئتين حلّه ويحتمل كونها كذلك وكذا اعتبار كونها ثوبين حيث لم يحرز صدق الحلّه على ثوب واحد كما يظهر ذلك من جماعه من أهل اللغه، بل لا يبعد اعتبار كونها من برود اليمن حيث إنّ ذلك هو المتيقّن في الدّيه لاعتبار ذلك فيها عن جماعه كالماتن وكالعلّامه والشهيدين(1).

لا يقال: مقتضى البراءه هو عدم اعتبار كونهما من برود اليمن والاكتفاء بمطلق ثوبين.

فإنّه يقال: لا مجال لأصاله البراءه في مثل المقام ممّا يكون جريانها خلاف الامتنان، بل يجري في المقام أصاله عدم اعتبار الديه لمطلق الثوبين ولا تعارض بأصاله عدم اعتبارها لثوبين من برود اليمن، والوجه في عدم التعارض أنّ الثوبين من برود اليمن يجزي في الديه قطعاً فلا مجال لأصاله عدم اعتبارها ديه حيث لم تثبت كون الديه هي مطلق الثوبين.

اللهمّ إلّا أن يقال بعدم الإهمال في صحيحه جميل إلّا من حيث العدد، وأمّا كونها من برود اليمن فالإطلاق يدفعه.

ص: ۱۶

۱- (۱) المحقق في المختصر النافع: ۲۹۴ ، والعلامه في قواعد الأحكام ۳ : ۶۶۶ ، والمختلف ۹ : ۴۲۹ ، والشهيدين في اللمعه وشرحها ۱۰ : ۱۷۶.

دیه القتل عمداً علی الجانی لا علی عاقلته

وتُستأدی فی سنه واحده من مال الجانی مع التراضی بالدّیه[۱].

الشَرح:

أداء الدیه مع التراضی

[۱] المراد أنّ دیه العمد لا تکون حالاً مع التراضی بها بل یکون علی الجانی التأخیر فی الأداء إلی سنه.

نعم، تأخیرها إلی ما بعد السنه لابدّ من أن تکون بالتراضی من أوّل الأمر أو برضا أولیاء الدم فی التأخیر بعد سنه.

ویشهد لما ذکر صحیحه أبی ولّاد عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام یقول: تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین وتستأدی دیه العمد فی سنه»(۱) ومبدأ السنه فیما إذا کان ثبوتها بأصل الجنایه کما فی قتل الوالد ولده أو قتل العاقل المجنون أو الصغیر، زمان تحقّق القتل، وفیما إذا کانت بالتراضی من حین التراضی بها وفیما إذا کانت لفوت مورد القصاص من حین فوته حیث إنّ ظاهر الصحیحه الأداء إلی تمام سنه ولو مع ثبوتها ولو بغیر التراضی وهذا مع الإطلاق التراضی بالدیه، وأمّا إذا وقع التراضی إلی أدائها حالاً أو مؤجلًا بأزید من السنه فلا بأس به لنفوذ الصلح، کما أنّه إذا وقع التراضی بأزید من الدیه أو بأقل من مقدارها فإنّ الصلح جائز بین المسلمین.

دیه القتل عمداً علی الجانی لا علی عاقلته

ثمّ إنّ الدیه فی القتل عمداً علی الجانی لاعلی العاقله ولاعلی بیت المال ففی الصحیح عن عبداللّه بن سنان وابن بکیر جمیعاً، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سئل عن المؤمن یقتل المؤمن متعمّداً هل له توبه؟ فقال: «إن قتله لإیمانه فلا توبه له، وإن کان قتله لغضب أو لسبب من أمر الدنیا فإنّ توبته أن یقاد منه، وإن لم یکن علم به انطلق إلی أولیاء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبهم فإن عفوا عنه فلم یقتلوه أعطاهم الدیه

ص: ۱۷

۱- (۱) وسائل الشیعه، ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستّين مسكيناً توبه إلى اللّه عزّوجلّ»(۱) وظاهرها أنّه هو المكلّف بإعطاء الديه.

وفی موثّقه سماعه قال: سألته عمّن قتل مؤمناً متعمّداً هل له من توبه؟ قال: لا ـ حتّی يؤدّی ديته إلى أهله ويعتق رقبه ويصوم شهرين متتابعين ويستغفر اللّه ويتوب إليه ويتضرّع فإنّی أرجو أن يتاب عليه إذا فعل ذلک، قلت: فإن لم يكن له مال؟ قال: يسأل المسلمين حتّی يؤدّی ديته إلى أهله(۲).

وفی معتبره السكونی، عن جعفر، عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»(۳).

وما ورد من أنّه إذا أقر القاتل عمداً فلم يقدر عليه يؤخذ الديه من ماله، وإن لم يكن له مال يؤخذ من الأقرب فالأقرب، وظاهر الأقرب فالأقرب العاقله لا يوجب التعدّی عن مورده.

بقی فی المقام أمران:

أحدهما: أنّهم اعتبروا فی الإبل كون الديه منه من المسان والمسن ويطلق عليه الثنی ما أكمل سنته الخامسه ودخل فی السادسه والتحديد فی ناحيه الأقل ولا تحديد بالإضافه إلى الزياده، والوارد فی جمله من الروايات مئه إبل وعنوان الإبل يصدق على غير الداخل فی السادسه أيضاً إلّا أنّه يرفع اليد عن الإطلاق بما ورد فی صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن ديه العمد؟ فقال: «مئه من

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰، الباب ۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴، الباب ۱۰ من أبوب القصاص فی النفس، الحديث ۵.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۴، الباب ۳ من أبواب العاقله، الحديث ۲.

وهی مغلّظه فی السنّ والاستیفاء[۱]. وله أن یبذل من إبل البلد أو من غیرها، وأن یعطی من إبله أو إبل أدون أو أعلی إذا لم تکن مِراضاً وکانت بالصفه المشترطه. وهل تُقبل القیمه السوقیه مع وجود الإبل؟ فیه تردد، والأشبه لا. وهذه السته أُصول فی نفسها، ولیس بعضها مشروطاً بعدم بعض، والجانی مخیّر فی بذل أیّها شاء.

الشَرح:

فحوله الإبل المسان فإن لم یکن إبل فمکان کلّ جمل عشرون من فحوله الغنم»(۱) حیث إنّ ظاهرها اعتبار کونه من المسان وکونه فحلاً۔ أی ذکراً فیتعیّن اعتبار الأمرین وما فی الصحیحه وغیرها من أنّ مع عدم الإبل یعطی مکان کلّ من الإبل الفحل حیث إنّه ظاهر الجمل المقابل للناقه التی یطلق علی الأُنثی عشرون من فحوله الغنم لا یضرّ باعتبار الصدر فلا وجه لما قیل بأنّها تحمل علی التقیّه فإنّ الحمل علی التقیه بالإضافه إلی ما فی ذیلها من الحکم لا ینافی بالإضافه الی ما ورد فی صدرها من اعتبار الأمرین فلا موجب لحملها علی التقیه مع وجود الجمع العرفی بینها وبین المطلقات.

نعم، ما ورد فی ذیلها من التحدید بعشرین غنم فحل مع عدم الإبل معارض بما تقدّم فی الروایات من أنّ اللازم ألف شاه علی التخییر.

ثانیهما: أنّ ما ورد فی روایه الحکم بن عتیبه من کفایه ما حال علیه الحول فمع ضعف سندها بالحکم ومعارضتها بصحیحه معاویه بن وهب وغیرها وعدم العامل بها من الأصحاب لا یمکن الاعتماد علیها.

[۱] قد تقدّم أنّ الدیه فی القتل عمداً إذا ثبتت بالمصالحه فمقدارها وکیفیه أدائها تابع للتراضی بین القاتل وأولیاء المقتول وإذا ثبتت أصاله کما فی قتل الوالد ولده أو قهراً کما فی هرب القاتل وعدم الظفر به أو ما مات فمقداره ستّه أصناف، کما

۱- (۱) رسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۰ ، الباب ۲ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲.

....

الشَرح:

أنّ الديه فى القتل شبه الخطأ أو الخطأ المحض أيضاً ستّه أصناف، ولكنّ الاختلاف فى بعض الشروط فإنّ ديه العمد تستأدى فى سنه واحده ويعتبر كون المئه من الإبل المسان.

وذكرنا أيضاً اعتبار كونها فحوله ولا يجب على القاتل إذا أراد إعطاء الديه من الإبل أن يعطى من إبله، بل له أداؤها من غير إبله بالاشتراء أو الاستيهاب وإن كان أدون من إبله أو أعلى.

ولكن يعتبر أن لا تكون مراضاً، ويقال فى وجه اعتبار عدم كونها مراضاً الانصراف إلى غير المراض.

ولكنّ إطلاق الاشتراط لا يخلو عن تأمّل فإنّه لو كان المرض ممّا هو عادى فى الإبل ويعدّ من العارض الذى يترقّب البرء فالانصراف غير ثابت.

نعم، إذا كان ممّا يصعب تخلّص الحيوان وحصول البرء فدعوى الانصراف غير بعيده ومرجع تشخيص أنّ المرض من أىّ القسمين نظر أهل الخبره من أهل الإبل.

وعلى الجمله، مقتضى الإطلاق فى كون الديه فى القتل عمداً مئه إبل عدم الفرق بين إعطائها من إبله أو غيرها وكون المعطى أدون أم لا.

ثمّ إنّه يقع الكلام فى أنّه هل للقاتل إلزام أولياء المقتول بأخذ القيمه للإبل أو غيرها من الأصناف أو ليس له إلّا التخيير بين الأصناف؟

ويظهر من جمله من كلمات الأصحاب أنّه إذا لم يتمكّن القاتل من دفع عين الصنف فله أن يدفع القيمه، كما هو ظاهر الماتن أيضاً حيث جعل مورد الكلام فى حقّ القاتل فى دفع القيمه فى صوره وجود الإبل واختار عدم حقّ له فى إلزامهم فيه بقبول القيمه، وحيث إنّ الأصناف الباقيه فى الحكم المذكور متساويه يجرى الإلزام بدفع القيمه فى غير الإبل أيضاً، ولكن ظاهر ما ورد فى الديه تخيير القاتل أو وليّه مع

....

الشَرح:

موته أو فراره فى الأصناف الستّه ويكون لأولياء المقتول الإلزام بدفع أحد الأصناف الستّه ودفع القيمه يحتاج إلى التراضى.

نعم، لو لم يوجد شيء من الأصناف يجرى التخيير للعلم بعدم سقوط الديه رأساً فى القيمه لكلّ منها، وما ورد فى بعض الروايات التى أشرنا سابقاً من جعل بعض الأصناف بدلاً فقد ذكرنا أنّه لا عامل بها من الأصحاب، وينافيه ما ورد فى أصناف الديه من ظهورها فى تخيير القاتل، وأنّ التنويع الوارد بحسب أصناف الديه من أصحاب الإبل والبقر والغنم وغيره ليس تنويعاً بحسب التكليف، بل للإرشاد وإلى تسهيل أمر الديه والتوسعه فى أدائها، نظير ما ورد من التنويع فى المواقيت وزكاه الفطره وغيرها فيحمل تلك الرويات على التقيّه أو تأوّل.

ومّما ذكرنا يظهر أنّ ما ورد فى الأخبار من جعل الدينار والدرهم صنفين من الأصناف الستّه ليس من قبيل دفع القيمه لسائر الأصناف، بل كلّ منهما صنف فى عرض سائر الأصناف، وظاهر الدينار والدرهم هو الذهب والفضه المسكوكه منهما بسكّه رائجه وحيث إنّ ذلك منقضيه فى مثل زماننا، يحتاج دفع الوزن أى بالمثقال الشرعى من الذهب وكذا الوزن من الفضه المساوى ۶/۱۲ حمّصه منها بالتراضى وإلاّ يتعيّن غيرها من الأصناف.

وإن أراد القاتل التبعيض بحسب الأصناف بأن يعطى خمسين من الإبل وخمسمئه شاه مثلاً فهذا أيضاً يحتاج إلى التراضى؛ لأنّ ظاهر ما ورد فى تعيين الديه، التخيير بين الأصناف لا ـ التخيير فى التبعيض بينها، و التخيير بينها لا يلازم التخيير بين أبعاضها، و التخيير بينها للقاتل أو وليّه لا لأولياء المقتول فليس لهم إلزام القاتل بصنف من الأصناف بعينه مع التمكّن من عين الأصناف ومع عدم تمكّنه بقيمه صنف خاصّ منها.

دیه شبیه العمد

ودیه شبیه العمـد: ثلاـث وثلاـثون بنت لبون، وثلاـث وثلاـثون حقّه وأربع وثلاـثون ثنّیه طروقه الفحـل. وفی روایه: ثلاـثون بنت لبون، وثلاثون حقّه، وأربعون خلفه وهی الحامل. ویضمن هذه الدیه الجانی دون العاقله[۱].

الشَرح:

دیه شبیه العمد

[۱] ظاهر کلامه قدس سره أنّه اختار فی دیه شـبه العمد أنّها أیضاً مئه إبل ولکن بالنحو التالی: ثلاث وثلاثون بنت لبون، وثلاث وثلاـثون حقّه، وأربع وثلاثون ثنیه طروقه الفحل، والمراد ببنت لبون الاُنثی من الناقه التی أکملت سـنتین وتسـمّی بنت لبون؛ لأنّ اُمّهـا وضـعت غیرها وصارت ذات لبن، وحقّه بالکسـر فی الحاء ما أکمل سـنتها الثالثه بحیث تقبل الحمل علیها، وثنیه ما أکملت سنتها الخامسه بحیث طرقها الحمل فصارت حاملاً أو بلغت إلی ما تقبل طروق الفحل، ولکنّ الصـحیح هو الثانی فإنّ الحامل هی الخلفه کما یأتی وفی البین روایه أبی بصـیر، عن أبی عبداللّه علیه السـلام قال: دیه الخطأ إذا لم یرد الرجل القتل مئه من الإبل أو عشـره آلاـف من الورق أو ألف من الشـاه وقال: دیه المغلّظه التی تشـبه العمـد ولیست بعمـد أفضل من دیه الخطأ بأسـنان الإبل: ثلاثه وثلاثون حقّه، وثلاثه وثلاثون جذعه، وأربع وثلاثون ثنیه کلّها طروقه الفحل(۱).

ولا یخفی أنّه لم یرد فی هـذه الروایه بنت لبون بل ورد حقه وجـذعه وثنیه وجـذعه غیر بنت لبون فإنّ جذعه ما یکون أکثر عمراً من حقه بسنه.

وورد فی صحیحه محمّد بن مسلم وزراره وغیرهما عن أحدهما علیه السلام فی الدّیه قال: هی مئه من الإبل، إلی أن قال: قال ابن عمیر: فقلت لجمیل: هل للإبل أسنان معروفه؟ قال: نعم ثلاث وثلاثون حقّه وثلاث وثلاثون جذعه وأربع وثلاثون ثنیه إلی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۰ ، الباب ۲ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۴.

....

الشَرح:

بازل عامها كلّها خلفه إلى بازل عامها، قال: وروى ذلك بعض أصحابنا عنهما(۱).

ولا يبعد أن يكون بنت لبون فى عباره الماتن من غلط النسخه وكانت الأصل جذعه التى وردت فى الروايتين وحيث إنّ ابن أبى عمير روى أسنان الإبل عن بعض أصحابنا عنهما عليه السلام والروايه بنحو الإرسال فلا تصلح لرفع اليد عن التعيين الوارد فى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى الخطأ وشبه العمد أن يقتل بالسوط أو بالعصا أو بالحجر أنّ ديه ذلك تغلّظ وهى مئه من الإبل منها أربعون خلفه من بين ثنيه إلى بازل عامها، وثلاثون حقّه وثلاثون بنت لبون، والخطأ يكون فيه ثلاثون حقّه وثلاثون ابنه لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون ذكر(۲). ولا يضرّ اشتمال ذيلها بما لا يعمل به للمعارضه أو الحمل على التقيّه.

وأمّا ما ورد فى روايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام : ديه الخطأ إذا لم يرد الرجل القتل مئه من الإبل أو عشره آلاف من الورق أو ألف من الشاه، وقال: ديه المغلظه التى تشبه العمد وليست بعمد أفضل من ديه الخطأ بأسنان الإبل: ثلاثه وثلاثون حقه، وثلاث وثلاثون جذعه وأربع وثلاثون ثنيه كلّها طروقه الفحل(۳). فلضعفها سنداً ومعارضتها بالصحيحه لا يمكن الاعتماد عليها، كما ذكرنا أنّ الأمر فى مرسله جميل أيضاً كذلك وإن قبلنا الصحيحه التى ذكر فيها الحلل حيث لا يروى الحلل عن بعض أصحابه بل أخبر به وقلنا إنّه يبعد أن لايسمعها عن الإمام عليه السلام .

والحاصل المتعّين هو الالتزام بأن الديه فى شبه الخطأ بالإضافه إلى أسنان الإبل أربعون خلفه أى الحامل من بين ثنيه إلى بازل عامها وثلاثون حقه وثلاثون جذعه.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۱ ، الباب ۲ من أبواب ديات النفس، الحديث ۷.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۹۹ ، الباب ۲ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۰ ، الباب ۲ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

....

الشَرح:

وأمّـا مـا ذكر المـاتن من كون الـديه فى شـبه الخطأ على القاتل فهو متسالم عليه بين الأصـحاب ولم ينسـب(۱) الخلاف إلاّ إلى الحلبی(۲) حيث ذهب إلى أنّها على العاقله.

ولكن لا يساعده شـىء من الأدله، بل مقتضـى الخطابات الشرعيّه كون الديه فى الخطأ على الجانى، سواء كان قتلًا أو جنايه على الطرف، كما يشـهد بـذلك موثّقه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السـلام عن أعمى فقأ عين صـحيح؟ قال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام، ولا يبطل حقّ امرئ مسلم(۳).

نعم، فى صـحيحه محمّد الحلبى المرويه فى باب (۱۰) من العاقله قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضـروب على ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه عليه السـلام : هذان متعدّيان جميعاً فلا أرى على الذى قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سـنين فى كلّ سـنه نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سـنين(۴). وظاهرها إلحاق جنايه الأعمى بالقتل خطأً ويمكن التفرقه بين كون جنايته قتلًا أو جنايه على الطرف فيعمل بالاُولى فى الثانيه وبهذه الصحيحه فى الاُولى.

وصـحيحه أبى بصـير ليث المرادى الوارده فى قتل العاقل المجنون قال: سألت أبا جعفر عليه السـلام عن رجل قتل رجلًا مجنوناً؟ فقال: إن كان المجنون أراده فدفعه عن

ص: ۲۴

۱- (۱) نسبه فى كشف اللثام ۲ : ۴۹۵ (الحجريه)، ورياض المسائل ۲ : ۵۳۰ (الحجريه).

۲- (۲) الكافى فى الفقه: ۳۹۶.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۸۹، الباب ۳۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۹، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

نفسه فقتله فلا شـيء عليه من قود ولا ديه ويعطى ورثته ديته من بيت مال المسلين، قال: وإن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلاـ قود لمن لا يقاد منه وأرى أنّ على قاتله الـديه فى ماله يـدفعها إلى ورثه المجنون ويسـتغفراللّه ويتوب إليه(١). فإنّه مع عدم ثبوت القصاص يجرى على الجنايه حكم شبه العمد.

وصـحيحه زراره قـال: سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن رجل قتل رجلًا خطأً فى أشـهر الحرم؟ فقال: عليه الـديه وصوم شـهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق، قال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(٢).

وهذه الصحيحه وإن تعمّ الديه فى الخطأ المحض إلّا أنّه يرفع اليد عن إطلاقها بالروايات الدالّه على تحمّل العاقله فيه الديه كالتى وردت فى قتـل الصبى والمجنون كصـحيحه محمّـد بن مسـلم، عن أبى جعفر عليه السـلام قـال: كـان أمير المؤمنين عليه السـلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمـداً(٣). وصـحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: عمد الصبى وخطاه واحد(٤). وموثقه إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه: أنّ علياً عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله(٥).

والحاصل مقتضـى استناد القتل إلى شخص تحمّله الديه، ويستفاد ذلك أيضاً من روايات أُخرى كصحيحه عبدااللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل دفع رجلًا على رجل فقتله، فقال: الديه على الذى دفع على الرجل فقتله

ص: ٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٧١ ، الباب ٢٨ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٠۴ ، الباب ٣ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ۴٠٠ ، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ۴٠٠ ، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٢.

۵- (۵) وسائل الشيعه ٢٩ : ۴٠٠ ، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٣.

وقال المفيد رحمه الله : تستأدى فى سنتين[١]، فهى إذن مخفّفه عن العمد، فى السن وفى الاستيفاء. ولو اختلف فى الحوامل، رجع إلى أهل المعرفه. ولو تبيّن الغلط، لزم الاستدراك. ولو أُزلقت بعد الإِحضار قبل التسليم، لزم الإِبدال. وبعد الإقباض لا يلزم.

الشَرح:

لأولياء المقتول، قال: ويرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه قال: وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً(١). وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل ينفر برجل فيعقره وتعقر دابّته رجلاً آخر قال: هو ضامن لما كان من شىء(٢). إلى غير ذلك ما لا يرفع اليد عنه إلاّ بقيام الدليل على أنّ الديه على العاقله.

[١] هذا هو المنسوب إلى المشهور حيث يقال إنّ ذلك مقتضى كون الديه فى شبه العمد مخففه بالإضافه إلى ديه العمد ومغلّظه بالإضافه إلى ديه الخطأ المحض، ولكن لزوم كونها كذلك لم يقم عليه دليل، ومقتضى ما ورد فى صحيحه أبى ولّاد المتقدّمه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام يقول: تستأدى ديه الخطأ فى ثلاث سنين وتستأدى ديه العمد فى سنه(٣). أنّها فى هذا القسم أيضاً تستأدى فى ثلاث سنين حيث إنّ الخطأ فى مقابل العمد يعمّ ما فيه شكّ وما ليس فيه شكّ على ما ورد فى الروايات.

والمحكى(۴) عن ابن حمزه أنّ هذه الديه مع كون الجانى موسراً تستأدى فى سنه كديه العمد وإلاّ فى سنتين.

والتقسيم الوارد فى صحيحه أبى ولّاد يقطع هذه التفصيل ولا وجه آخر له.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۵۷ ، الباب ۲۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۵۸ ، الباب ۲۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۲.
۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۴ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
۴- (۴) حكاه السيد على الطباطبائى فى رياض المسائل ۲ : ۵۳۰ (الحجريه).

ودیه الخطأ المحض[۱]: عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن لبون، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقه. وفی روایه: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقه، وخمس وعشرون جَذعه.

الشَرح:

ثمّ لا یخفی أنّه بناءً علی اعتبار کون الأربعین من الإبل حوامل یعتبر أن یکون حین الدفع کذلک ویعلم کونها کذلک بالرجوع إلی أهل المعرفه للإبل وإن ظهر ولو بعد قبض أولیاء المقتول أنّها أو بعضها لم تکن حوامل یتدارک لبقاء الحقّ وعدم أدائه وإذا ازلقت بعد الاحضار وقبل القبض بأن أسقطت حملها فلا یکون إعطاؤها من الدیه إلّا بالمراضاه وإن لم یرضَ أولیاء المقتول لزم الاستبدال لأنّهم لم یقبضوا الحقّ، بخلاف ما أسقطته بعد القبض فإنّ المعتبر فی الدیه کونها حوامل عند القبض لا الولاده بعد القبض کما لا یخفی.

دیه الخطأ المحض

[۱] المنسوب إلی المشهور أنّ الدیه فی الخطأ المحض عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقه کما یشهد لذلک صحیحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه حیث ورد فیها بعد بیان دیه شبه العمد والخطأ یکون فیه ثلاثون حقّه وثلاثون ابنه لبون وعشرون بنت مخاص وعشرون ابن لبون ذکر(۱). وقد بیّنا اشتمال ذیلها لما لم یعمل به لا یوجب خللاً فی الحکم فی سائر فقراتها.

ولکن فی روایه العلاء بن الفضیل، عن أبی عبداللّه علیه السلام والخطأ مئه من الإبل أو ألف من الغنم أو عشره آلاف درهم أو ألف دینار وإن کانت من الإبل فخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقّه وخمس وعشرون جذعه»(۲) وظاهرها تحدید دیه الخطأ المحض فی أسنان الإبل بما ذکر،

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۹۹ ، الباب ۲ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۹۸ ، الباب الأوّل من أبواب دیات النفس، الحدیث ۱۳.

....

الشَرح:

بقرينه التعرّض لديه شبه العمد بعد ذلک حيث ورد بعد ذلک: والديه المغلظه في الخطاء الذي يشبه العمد الذي يضرب بالحجر والعصا الضربه والاثنتين فلا يريد قتله فهي أثلاث: ثلاث وثلاثون حقه... الحديث.

ولکن الروايه لضعفها سنداً لوقوع محمّد بن سنان الراوي عن العلاء بن الفضيل، لا يمکن الاعتماد عليها بأن يقال الديه في الخطاء المحض على التخيير بالعمل بما ورد فيها أو ما ورد في صحيحه عبداللّه بن سنان بالالتزام بأنّ الديه على التخيير واقعاً، ولا مجال لدعوى الشهره؛ لأنّه لم يظهر العمل بها من جمع فضلاً عن المشهور.

نعم، حکى(۱) ذلک عن ابن حمزه.

ومثل روايه العلاء بن الفضيل مرسله العياشي في تفسيره عن عبد الرحمن عن أبي عبداللّه عليه السلام (۲).

قال الشيخ قدس سره في المبسوط وابن إدريس في السرائر: إنّ ديه الخطاء من الإبل عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وعشرون بنت لبون وعشرون حقه وعشرون جذعه(۳)، ولکن لم يوجد فيما وصل إلينا من الأخبار ما يدلّ على ذلک، وأيضاً ورد في ذيل صحيحه جميل، عن محمّد بن مسلم وزراره وغيرهما وزاد علي بن حديد في حديثه أنّ ذلک في الخطاء قال: قيل لجميل: فإن قبل أصحاب العمد الديه کم لهم؟ قال: مئه من الإبل إلّا أن يصطلحوا على مال أو ما شاءوا غير ذلک(۴). وقد ذکرنا أنّ ما رواه ابن أبي عمير عن جميل في أسنان الإبل غير معتبر؛ لأنّه رواه عن بعض

۱- (۱) حکاه السيد علي الطباطبائي في رياض المسائل ۲ : ۵۳۰ (الحجريه).

۲- (۲) تفسير العياشي ۱ : ۲۶۵ ، الحديث ۲۲۷.

۳- (۳) المبسوط ۷ : ۱۱۵ ، السرائر ۳ : ۳۲۲.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۱ ، الباب ۲ من أبواب ديات النفس، الحديث ۷.

وتُستأدی فی ثلاث سنین، سواء کانت الدیه تامّه أو ناقصه أو دیه طرف[۱].

الشَرح:

أصحابنا فیکون بنحو الإرسال وروایه علی بن حدید غیر معتبر فی تفسیره أنّ ذلک فی الخطاء فلا یرفع الید عمّا تقدّم فی صحیحه عبداللّه بن سنان.

[۱] قد تقدّم أنّه لا فرق بین دیه شبه العمد والخطاء المحض فی أنّها تؤدی فی ثلاث سنین، بمعنی أنّ الدیه تعطی أثلاثاً کلّ ثلث منها فی سنه بلا فرق بین دیه الخطاء شبه العمد أو الخطاء المحض فإنّها ظاهر ما ورد فی صحیحه أبی ولّاد عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام یقول: «تستأدی دیه الخطاء فی ثلاث سنین، وتستأدی دیه العمد فی سنه»(۱) وظاهر الاستیداء فی ثلاث سنین من غیر تقیید هو التقسیط أثلاثاً بحیث یؤدّی ثلثه فی السنه الاُولی وثلثه الآخر فی الثانیه والثلث الأخیر فی الثالثه.

ویدلّ علی ذلک أیضاً صحیحه محمّد الحلبی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عیناه علی خدّیه فوثب المضروب علی ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه علیه السلام : هذان متعدّیان جمیعاً فلا أری علی الذی قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حین قتله وهو أعمی، والأعمی جنایته خطأ یلزم عاقلته یؤخذون بها فی ثلاث سنین فی کلّ سنه نجماً فإن لم یکن للأعمی عاقله لزمته دیه ما جنی فی ماله یؤخذ بها فی ثلاث سنین ویرجع الأعمی علی ورثه ضاربه بدیه عینیه(۲). فإنّ ظاهرها أنّ دیه الخطأ علی عاقله الجانی تؤدّی فی ثلاث سنین، وإذا لم یکن للجانی عاقله فهی فی ماله، وهذه الصحیحه وإن لا تعمّ دیه غیر النفس إلّا أنّ صحیحه ولّاد عامّه تعمّ دیه النفس ودیه الطرف سواء کانت تامّه أو ناقصه کدیه المرأه، وسواء کانت مقدّره أو غیر مقدّره فإنّ الدیه شامله للأرش أیضاً علی ما تقدّم سابقاً.

ودعوی اختصاصها بدیه النفس کما هو المحکی عن بعض کتبه لاوجه لها کما

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۹ ، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

فهی مخفّفه فی السن والصفه والاستیفاء. وهی علی العاقله، لا یضمن الجانی منها شیئاً[۱].

الشَرح:

أنّ دعوی الاختصاص بالدیه المقدّره سواء کانت دیه النفس أو دیه الطرف کذلک، کما یجد ذلک موارد إطلاقاتها فی الأخبار.

ویستفاد من صحیحه محمّد الحلبی وغیرها أنّه إذا لم یکن فی مورد الجنایه خطأً عاقله للجانی تؤخذ الدیه من مال الجانی.

ویلحق بذلک ما إذا لم تکن عاقلته متمکّناً من أدائها علی ما یأتی فی باب العاقله.

ثمّ إنّه لو بنی علی أنّ دیه الطرف والجروح المقدّره منه وغیر المقدّره داخله فی مدلول صحیحه أبی ولّاد یکون مقتضاها تقسیط المقدّره والأرش مطلقاً بثلاثه أنجم سواء کان مساویاً لدیه النفس أو زائداً علیها أو ناقصاً منها.

والقول بأنّها لو کانت بمقدار ثلث دیه النفس تؤدی فی السنه الاُولی، وإن کانت زائده علیها وبمقدار الثلثین أو دونهما یؤدّی مقدار الثلث فی السنه الاُولی والزائده فی السنه الثانیه، ولو کانت زائده علی الثلثین یؤدّی الزائد عنهما فی السنه الثالثه، لا یمکن المساعده علیه بل مقتضی ظاهر صحیحه أبی ولّاد بإطلاقها هو التقسیط علی ثلاثه أنجم فی جمیع الصور.

[۱] قد تقدّم أنّ دیه الخطأ المحض مخفّفه من حیث السنّ حیث یکفی فیها عشرون بنت مخاض أی الفصیل الاُنثی التی أکملت سنتها الاُولی بحیث تقبل اُمّها الحمل وإن لم تکن حاملاً ـ ولیس فیها اعتبار الخلفه أی الحامله وهذا من التخفیف فی السّن والوصف، وأمّا کونها مخفّفه من حیث الاستیفاء فقد تقدّم أنّه لا فرق بین دیه الخطاء المحض ودیه شبه العمد فی أنّهما تستأدیان فی ثلاث سنین کما تقدّم أنّ کون دیه الخطاء المحض علی العاقله أمر متسالم علیه بین الأصحاب بل عند المخالفین

ولو قتل فى الشهر الحرام، أَلزم ديهً وثلثاً، من أىّ الأجناس كان، تغليظاً[۱]. الشَرح:

أيضاً إلّا المحكى(۱) عن الأصم.

نعم، المحكى(۲) عن المفيـد وسـلّار ضـمان الجانى الديه بحيث ترجع العاقله إليه ولا نعرف لذلك وجهاً إلّا بعض الإطلاق ممّا لابدّ من رفع اليد عنه.

نعم، لو لم يكن للجـانى عـاقله أو كـانوا فقراء فالـديه على الجـانى فى ماله كما ورد فى جنايه الأعمى ويأتى الكلام فيه فى بحث العاقله.

القتل فى الأشهر الحرم

[۱] قـد تقـدّم تقـدير الـديه فى الأجناس السـتّه والتقدير المذكور غير مراد إذا كان الجانى قتل فى أشـهر الحرم وهى رجب وذى القعده الحرام وذيالحجّه والمحرم فإنّ الديه من أىّ الأجناس كانت، فيها تغليظ إذا وقع القتل فى هذه الأشهر.

ولاـ فرق فى ذلـك بين مـا كـان القتـل عمـداً أو خطـاءً شـبه العمـد أو الخطأ المحض ولعـلّ كـلّ ذلـك ممّـا لاـ خلاف فيه بين الأصحاب.

ويـدلّ عليه معتبره كليب الأسـدى قـال: سـألت أبـا عبـداللّه عليه السـلام عن الرجـل يقتـل فى الشـهر الحرام مـا ديته؟ قـال: «ديه وثلث»(۳) والمناقشه فى السند بأنّه لم يثبت توثيق لكليب لا مجال لها، فإنّه من المعاريف الذى لم يذكر فيه قدح سوى القول بأنّه واقفى مع أنّه روى الكلينى قدس سره عن محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عيسى، عن الحسين بن المختار، عن زيد الشحام، عن أبى عبداللّه عليه السلام (۴) ما يدلّ على حسن حاله، ومقتضى المعتبره عدم الفرق فى

۱- (۱) حكاه ابن إدريس فى السرائر ۳ : ۳۳۴ ، والنووى فى المجموع ۱۹ : ۱۴۳.

۲- (۲) حكاه السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج ۲ : ۱۹۷.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۳ ، الباب ۳ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۴- (۴) الكافى ۱ : ۳۹۰ – ۳۹۱ ، الحديث ۳.

وهل يلزم مثل ذلک فی حرم مکّه؟[۱] قال الشیخان: نعم، ولا یعرف التغلیظ فیالأطراف.

الشَرح:

التغلیظ بین کون القتل عمداً أو خطاءً.

وفی الصحیح المروی فی الفقیه باسناده عن أبان، عن زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «علیه دیه وثلث» حیث روی فی الفقیه قبل هـذا الحدیث عن ابن محبوب، عن علی بن رئاب، عن زراره قال: سألت أبا جعفر علیه السـلام عن رجل قتل رجلاً خطاءً فی أشـهر الحرم؟ قال: علیه الدیه وصوم شـهرین متتابعین من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا یدخل فیه العید وأیّام التشریق؟ فقال: یصومه فإنّه حقّ لزمه، ثم قال وفی روایه أبان عن زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام علیه دیه وثلث(۱).

[۱] المشهور بین الأصحاب قدیماً وحدیثاً أنّه یلحق القتل فی حرم مکّه بالقتل فی أشهر الحرم فی التغلیظ، ولکن یظهر من الماتن وجماعه أُخری التوقّف فی الإلحاق.

ویستدلّ علی الإلحاق بصحیحه زراره قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام : رجل قتل فی الحرم؟ قال: علیه دیه وثلث ویصوم شهرین متتابعین من أشهر الحرم، قال: قلت: هذا یدخل فیه العید وأیّام التشریق؟ فقال: یصومه فإنّه حقّ لزمه(۲).

وبما رواه الکلینی قدس سره عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن أبی عمیر، عن أبان بن تغلب، عن زراره قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام : رجل قتل رجلاً فی الحرم؟ قال: علیه دیه وثلث ویصوم شـهرین متتابعین من أشـهر الحرم ویعتق رقبه ویطعم ستین مسکیناً، قال: قلت: یدخل فی هذا شیء؟ قال: وما یدخل؟ قلت: العیدان وأیام التشریق، قال: یصوم فإنّه حقّ لزمه(۳).

۱- (۱) الفقیه ۴ : ۱۱۰ ، الحدیث ۵۲۱۲ - ۵۲۱۳.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳.
۳- (۳) الکافی ۴ : ۱۴۰ ، الحدیث ۹.

....

الشَرح:

ولكنّ فى الاستدلال بهما على الإلحاق تأمّلًا فإنّ صحيحه زراره يحتمل أن يكون الوارد فى السؤال الحرم وهو جمع الحرام أى قتل فى أشهر الحرم لا الحرم أى حرم مكّه، ويؤيّد كونه جمعاً ما ورد فى ذيلها هذا: «يدخل فيه العيد وأيّام التشريق» وكذلك الحال فيما رواه الكلينى مع أنّ فى السند أيضاً على روايه الكلينى قدس سره وكذا فى دلالته إشكالاً فإنّ ابن أبى عمير يروى عن أبان بن تغلب وابن أبى عمير لم يلاقِه، فإنّ أبان بن تغلب توفى فى زمان الصادق عليه السلام وابن أبى عمير لم يدرك الصادق عليه السلام أصلًا، إلّا أن يلتزم بالسهو فى النسخه بأن يكون الأصل بن أبى عمير عن أبان بن عثمان أو أبان وفسّر سهواً بأبان بن تغلب، ويؤيده أنّ الراوى عن زراره فى سائر الروايات هو أبان بن عثمان.

وأمّا المتن ففيه أيضاً أنّه لا يدخل فى صوم شهرى العيدين اللهم إلّا أن يقال المراد لزوم محذور صوم يوم العيدين المعلوم المعروف عند المتشرعه حيث إنّ المحذور فى صوم كلّ منهما ثابت عندهم فيلزم فى الفرض صوم يوم الأضحى وصومه من صوم يوم العيدين.

وعلى الجمله، إلحاق حرم مكّه بأشهر الحرم فى الحكم مشكل، وكون حرمه الحرم ومكّه أقوى من حرمه أشهر الحرم لا يكون دليلاً على الإلحاق حيث لا يعلم أنّ مجرد حرمه أشهر الحرم تمام ملاك الحكم كما ذكرنا ذلك فى نظائر المقام؛ ولذا يجرى التغليظ فى أشهر الحرم حتّى فيما إذا كان القتل بنحو الخطاء المحض، وإذا كان جريان التغليظ فى القتل فى الحرم مشكلًا يكون التعدّى إلى سائر المحترمات كالقتل فى حرم النبى صلى الله عليه و آله وسائر الأئمه أشكل.

ثمّ إنّ التغليظ فى الديه فى القتل فى أشهر الحرم لا يختصّ بما إذا كان القاتل أو المقتول مسلماً، بل يجرى حتّى فيما كان المقتول كافراً كما هو مقتضى الروايات

....

الشَرح:

ودعوى أنّ تعقيب التغليظ بـالتكفير يكون قرينه على الاختصـاص بنـاءً على عـدم ثبوت التكفير فيمـا إذا كـان القاتل أو المقتول كافراً كماترى.

نعم، الموضوع للتغليـظ فى الـديه فى الروايات القتل ولا موجب للالتزام بالتغليظ فى الجنايه على الأطرف فالالتزام به فى الجروح لاـ وجه له، بـل مقتضـى مـا ورد فى ديه الأـطراف والجروح عـدم الفرق بين وقوع الجنايه فى أشـهر الحرم أو غيرها، ومن هنا لم يحرز الالتزام به فيها من أحد من أصحابنا.

بقى فى المقام ما ورد فى الروايات المتقـدّمه من أمر الكفّاره فإنّ الكفّاره فى قتل العمـد هى كفّاره الجمع، بلا فرق بين القتل فى أشـهر الحرم أو غيرها، ولكن إذا وقع القتل فى أشـهرها فالواجب على الجانى الصـيام فى نفس أشهر الحرم كما ورد فى صحيحه زراره قـال: سـمعت أبـا جعفر عليه السـلام : «إذا قتل الرجل فى شـهر حرام صام شـهرين متتابعين من أشـهر الحرام»(1) حيث إنّ ظاهرها تعيّن كون الصـيام فى أشهر الحرم وفى الصحيح عن عبداللّه بن سنان وابن بكير جميعاً، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئـل عن المؤمن يقتـل المؤمن متعمّـداً إلى أن قال: فقال: «إن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقرّ عنـدهم بقتل صاحبه فإن عفوا عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستّين مسكيناً توبه إلى اللّه عزّوجلّ»(2) ونحوها غيرها.

وأمّـا إذا كـان القتل خطاءً فالمشـهور أنّ الكفّاره مرتّبه كما يقتضـيه إطلاق صـحيحه عبـداللّه بن سـنان قال: قال أبو عبـداللّه عليه السلام : كفّاره الدّم إذا قتل الرجل مؤمناً متعمّداً إلى أن قال : وإذا قتل خطاءً أدّى ديته إلى أوليائه ثمّ أعتق رقبه فإن لم يجد صام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً، وكذالك إذا وهبت له

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 203 - 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 30 ، الباب 9 من أبواب قصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

دیه المقتول فالکفاره علیه فیما بینه وبین ربّه لازمه(۱). وصحیحه أبی المغرا، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یقتل العبد خطاءً، قال: علیه عتق رقبه، وصیام شهرین متتابعین، وصدقه علی ستّین مسکیناً، قال: فإن لم یقدر علی الرقبه کان علیه الصیام فإن لم یستطع الصیام فعلیه الصدقه(۲). فإنّ مقتضی الإطلاق فی الروایات عدم الفرق فی الکفّاره بین القتل فی أشهر الحرم وغیره؛ ولذا لم یلتزم أحد من الأصحاب بالتغلیظ.

نعم، ذکر بعض الأصحاب أنّ المتعیّن فی القتل خطاءً صوم شهرین من أشهر الحرم إذا وقع القتل فی أشهرها وأنّه لا ترتیب فی الخصال فی هذه الصوره، وفی کفّاره قتل العمد وإن یجب الجمع بین الخصال إلاّ أنّه لا بدّ مع وقوع القتل فی أشهر الحرم من الصوم فی أشهر الحرم؛ وذلک لما ورد فی صحیحه زراره قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: «إذا قتل الرجل فی شهر حرام صام شهرین متتابعین من أشهر الحرم »(۳) وظاهرها تعیّن الصوم فی أشهر الحرم إذا کان القتل فیه عمداً أو خطاءً.

وإطلاق هذه الصحیحه وإن ینفی وجوب عتق الرقبه والإطعام إلاّ أنّه یرفع عن هذا الإطلاق بما دلّ علی وجوب کفّاره الجمع فی القتل عمداً.

وأمّا بالإضافه إلی القتل خطاءً فیؤخذ بها وبالأُخری من أنّ الکفّاره خصوص صیام شهرین من أشهر الحرم إذا وقع القتل خطاءً فیها وهی صحیحه زراره قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام رجل قتل رجلًا خطاءً فی أشهر الحرم؟ فقال: علیه الدیه وصوم شهرین متتابعین من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا یدخل فیه العید وأیّام التشریق، قال:

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۲ : ۳۷۴ ، الباب ۱۰ من أبواب الکفّارات، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴ ، الباب ۱۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۴.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۳ - ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲.

....

الشَرح:

يصومه فإنّه حقّ لزمه(۱). فيكون الترتّب فى الخصال مختصّاً بالقتل خطاءً إذا وقع القتل فى غيرها، ولكن يمكن أن يقال بحمل الصحيحه على أنّ صوم شهرين فى كفّاره القتل لابدّ من أن يقع فى أشهر الحرم إذا وقع القتل فيها، وأمّا أنّ هذه الكفّاره بنحو المتعيّن أو بنحو الترتّب فيؤخذ فى الخطاء بما دلّ على الترتّب.

نعم، بما أنّ عتق العبد غير ميسور فى مثل زماننا يتعيّن الصوم فإن وقع القتل فى أشهر الحرم فالواجب صيام شهرين من أشهر الحرم؛ ولذا لا أظن أن يلتزم القائل بسقوط الكفّاره عن القاتل خطأً إذا لم يتمكّن من صيام شهرين بأن لا يجب عليه حتّى إطعام ستّين مسكيناً.

وما ذكر قدس سره من أنّه يرفع عن إطلاقها فى القتل عمداً بما دلّ على وجوب الجمع فى القتل عمداً ففيه أنّ النسبه بينهما العموم من وجه لاختصاص الصحيحه بالقتل فى أشهر الحجّ، كان عمداً أو خطاءً، واختصاص ما دلّ على كفّاره الجمع بالقتل عمداً وعمومها بالإضافه إلى القتل فى أشهر الحرم أو غيرها هذا مع قطع النظر عمّا ذكرنا من الجمع.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق فى وجوب الكفّاره على الجانى فى القتل خطاءً بين شبه العمد والخطاء المحض وإن كان أداء الديه على الجانى يوجب ظهورها فى خصوص القتل بنحو شبه العمد إلاّـ أنّ هذا لاـ ينافى ظهور ما لا يشتمل عليه فى القتل مطلقاً كالصحيحه الأُولى مع أنّه يمكن الالتزام بأنّ فى القتل خطاء محض الديه على الجانى، وأداءها على العاقله تكليف محضاً يتعيّن الرجوع بها على الجانى إذا لم يمكن استيفاؤها من العاقله لفقدها أو فقرها، ويأتى الكلام فى ذلك فى بحث العاقله.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

فرع: لو رمی فی الحلّ إلی الحرم فقتل فیه، لزم التغلیظ. وهل یغلظ مع العکس؟ فیه تردّد ولا یُقتص من الملتجئ إلی الحرم فیه، ویُضیّق علیه فی المطعم والمشرب حتّی یخرج. ولو جنی فی الحرم، اقتص منه لانتهاکه الحرمه. وهل یلزم مثل ذلک فی مشاهد الأئمه علیهم السلام ؟ قال: به فی النهایه[۱].

الشَرح:

ثمّ إنّ ما ورد فی الروایات من لزوم الصوم یوم العید إنّما هو فیما إذا وقع القتل فی أثناء ذیالقعده، وأمّا إذا وقع فی رجب أو فی اللیله الأُولی من ذیالقعده فیمکن له صوم ذیالقعده بتمامه ویوماً من ذی الحجه ثمّ یصوم البقیّه فی الشهور الآتیه؛ لأنّ صوم شهرین متتابعین یتحقّق بصیام شهر ویوم آخر علی ما ورد من الروایه الدالّه علیه الحاکمه علی ما دلّ علی وجوب شهرین متتابعین فی کلّ مورد کموثقه سماعه بن مهران قال: سألته عن الرجل یکون علیه صوم شهرین متتابعین أیفرق بین الأیّام؟ فقال: «إذا صام أکثر من شهر فوصله ثمّ عرض له أمر فأفطر فلا بأس فإن کان أقلّ من شهر أو شهراً فعلیه أن یعید الصیام»(۱).

ولکن لا یبعد أن یقال لا بأس بإتمام الشهرین من الأشهر الحرم ولو بالصوم یوم العید أخذاً بإطلاق الروایات فی القتل فی أشهر الحرم.

فرع: لو رمی فی الحلّ إلی الحرم فقتل فیه

[۱] قد تقدّم أنّ التغلیظ فی الدیه یختص بالقتل فی أشهر الحرم، وأمّا القتل فی الحرم فلا دلیل علی التغلیظ فیه حتّی یجری البحث فی الفرض من جهه تغلیظ الدیه.

نعم، لو تمّ الدلیل علی التغلیظ فی صوره القتل فی الحرم فلا یبعد التفصیل بین ما إذا رمی من الحلّ فأصاب المقتول فی الحرم فقتله؛ لأنّ ظرف القتل هو الحرم بخلاف العکس فإنّ ظرف القتل وهو زهوق روح المقتول خارجه وإصابه الجرح

۱- (۱) وسائل الشیعه ۱۰ : ۳۷۲، الباب ۳ من أبواب بقیه الصوم الواجب، الحدیث ۵.

....

الشَرح:

الموجب له فی خارجه فلا یلحق علیه التغلیظ.

وأمّا ما ذکره قدس سره من أنّه لا یقتصّ من الملتجئ إلی الحرم فی الحرم بل یضـیّق علیه فی المطعم والمشـرب حتّی یخرج من الحرم ویقتصّ منه فی خـارجه فلاـ خلاـف فیه بین الأصـحاب، والظـاهر عـدم الفرق بین کون جنـایته هو القتـل أو غیره کمـا هو مقتضـی الروایـات الوارده، بـل مقتضاها عـدم الفرق بین الجنایه الموجبه للقصاص وبین موجب الحـدّ، کما لا خلاف فی أنّه إذا کانت جنایته فی الحرم یجوز الاقتصاص وإجراء الحدّ علیه فیه؛ لأنّه لم یرَ للحرم حرمه.

ویشهد لذلک صحیحه معاویه بن عمار قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل رجلًا فی الحلّ ثمّ دخل الحرم؟ فقال: لا یقتـل ولاـ یطعم ولا یسـقی ولا یبایع ولا یؤذی حتّی یخرج من الحرم فیقام علیه الحـدّ، قلت: فما تقول فی رجل قتل فی الحرم أو سرق؟ قال: یقام علیه الحـدّ فی الحرم صاغراً؛ لأنّه لم یرَ للحرم حرمه وقـد قال اللّه عزّوجلّ «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» فقال: هذا هو فی الحرم، وقال «لا عدوان إلّا علی الظالمین»(۱).

وصـحیحه الحلبی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قال: سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ومن دخله کان آمناً» قال: إذا أحدث العبد فی غیر الحرم جنـایه ثمّ فرّ إلی الحرم لم یسع لأحـد أن یأخـذه فی الحرم ولکن یمنع من السوق ولاـ یبـایع ولاـ یطعم ولا یسـقی ولا یکلّم فـإنّه إذا فعـل ذلـک یوشـک أن یخرج فیؤخـذ وإذا جنی فی الحرم جنـایه أُقیـم علیـه الحـدّ فی الحرم؛ لأنـّه لم یرعَ للحرم حرمه(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۱۳ : ۲۲۵ ، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحدیث الأوّل. والآیتان ۹۴ و۹۳ فی سوره البقره.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۱۳ : ۲۲۶ ، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحدیث ۲.

وديه المرأه على النصف من جميع الأجناس[۱].

الشَرح:

وصحيحه حفص بن البختری قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الرجل يجنى الجنايه فی غير الحرم ثمّ يلجأ إلی الحرم أيقام عليه الحد؟ قال: لا، ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم ولا يبايع فإنّه إذا فعل ذلک به يوشک أن يخرج فيقام عليه الحدّ وإذا جنى فی الحرم جنايه أُقيم عليه الحدّ فی الحرم؛ لأنّه لم يرَ للحرم حرمه(۱). إلی غير ذلک.

ثمّ تعرّض قدس سره بأنّه هل يجری ذلک فيمن التجأ إلی حرم النبی صلى الله عليه و آله أو حرم أحد المعصومين علیه السلام اقتصر حکايه الجريان عن الشيخ فی النهايه(۲). ويستدلّ على الجريان بأنّ حرم رسول اللّه صلى الله عليه و آله ومشاهد الأئمه أشرف وأولى حرمه من الحرم فی مقابل الحلّ، بل ذکر فی التحرير أنّ المراد من المشهد البلد لا ـ خصوص الروضه المنوره والصحن الشريف(۳) والحاصل أنّه إذا ثبت الحكم فی الحرم فی مقابل الحلّ ثبت فيما ذكر؛ لأنّه أكثر وأولى حرمه.

أقول: كون مشاهدهم عليهم السلام فضلاً عن حرم رسول اللّه صلى الله عليه و آله أولى حرمه من الحرم المقابل للحلّ وإن كان ممّا لا ـ ريب فيه إلاّ ـ أنّ كون تمام ملاک الحكم الوارد فی تلک الروايات مجرّد حرمه الحرم ولا دخل فيه غيره من غير ورود خطاب شرعی فی غير الحرم، غير ظاهر، واللّه العالم.

ولا يخفى أنّ المناسب لذكر هذا الحكم، شرائط القصاص أو باب أحكام الحرم لا الديات ولم يظهر وجه لمناسبه ذكر الماتن إيّاه فی المقام.

ديه المرأه

[۱] بلا خلاف من أصحابنا بل من المخالفين أيضاً إلاّ ما عن ابن عليه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۱۳ : ۲۲۷ ، الباب ۱۴ من أبواب مقدمات الطواف، الحديث ۵.

۲- (۲) النهايه: ۷۰۲.

۳- (۳) استظهره فی الجواهر ۴۳ : ۳۲ . ولم نعثر عليه فی التحرير.

....

الشَرح:

والأصم(۱) حيث إنّهما قالا: ديتها كديه الرجل.

ويدلّ على التنصيف فى ديه النفس بلا فرق بين الكبيره والصغيره والعاقله والمجنون وسليمه الأعضاء وغيرها والمؤمنه وغيرها من الفرق المسلمين غير واحد من الروايات كصحيحه عبداللّه بن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: ديه المرأه نصف ديه الرجل(۲). وصحيحه عبدااللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول فى رجل قتل امرأته متعمداً فقال: «إن شاء أهلها أن يقتلوه ويؤدّوا إلى أهله نصف الديه وإن شاؤوا أخذوا نصف الديه خمسه آلاف درهم»(۳).

وفى صحيحه الحلبى وأبى عبيده، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل قتل امرأه خطأً وهى على رأس الولد تمخض، قال: «عليه الديه خمسه آلاف درهم، وعليه للذى فى بطنها غره وصيف أو وصيفه أو أربعون ديناراً»(۴).

وصحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يقتل المرأه، قال: «إن شاء أولياؤها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولياء المقتول، وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(۵) وإلى غير ذلك ومقتضى الإطلاق فى مثل صحيحه عبداللّه بن مسكان عدم الفرق بين أجناس الديه، وما ورد من خمسه آلاف درهم مثل ما ورد فى بعض الروايات ديه الرجل عشره آلاف درهم ناظر إلى صوره تأديتها من الدرهم وإلّا فلا خصوصيه للدرهم إلّا ما ورد فى بعض الروايات من سهوله أدائها منه لوفور الدرهم بالإضافه إلى أهل الأمصار.

ص: ۴۰

۱- (۱) حكاه عنهما الشيخ فى الخلاف ۵ : ۲۵۴ ، المسأله ۶۳ . والنووى فى المجموع ۱۹ : ۵۴.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۶ ، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۶ ، الباب ۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

ودیه ولد الزنا إذا أظهر الإِسلام دیه المسلم[۱]، وقیل: دیه الذمی، وفی مستند ذلک ضعف.

الشَرح:

کما أنّ مقتضی الإطلاق فیها عدم الفرق بین کون الدیه دیه النفس أو دیه الجراحات والأطراف فإنّها فی ذلک کلّه فی المرأه نصف دیه الرجل.

نعم، تساوی فیهما دیه المرأه دیه الرجل إلی الثلث وإذا بلغت رجعت دیتها إلی النصف کما یدلّ علیه الروایات.

منها صحیحه أبان بن تغلب المستفاد منها عدم الفرق بین دیه الرجل والمرأه فی أجناس الدیه أیضاً قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ما تقول فی رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأه کم فیها؟ قال: عشره من الإبل، قلت: قطع اثنتین؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان اللّه یقطع ثلاثاً فیکون علیه ثلاثون ویقطع أربعاً یکون علیه عشرون؟! إنّ هذا کان یبلغنا ونحن بالعراق فنبرأ ممّن قاله ونقول: الذی جاء به شیطان، فقال: مهلاً یا أبان هذا حکم رسول اللّه صلی الله علیه و آله إنّ المرأه تعاقل الرجل إلی ثلث الدیه فإذا بلغت الثلث رجعت إلی النصف، یا أبان إنّک أخذتنی بالقیاس والسنّه إذا قیست محق الدین(۱). وموثّقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء، فقال: «الرجال والنساء فی الدیه سواء حتّی تبلغ الثلث، فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف دیه الرجل»(۲) إلی غیر ذلک.

دیه ولد الزنا

[۱] ظاهر کلام الماتن أنّ ولد الزنا إذا أظهر الإسلام فدیته دیه المسلم ومع عدم الإظهار لم تثبت له دیه.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۲ ، الباب ۴۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۲ ، الباب ۴۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

....

الشَرح:

نعم، قيل والقائل السيد المرتضى(١) والصدوق(٢) (قدّس سرهما) إنّ دیه ولد الزنا دیه الذمّی أی ثمانمئه درهم إذا کان ذکراً وإن کان أُنثی فأربعمئه درهم بلا فرق بین إظهاره الإسلام وعدمه.

وما ذکره قدس سره من ثبوت دیه المسلم إذا أظهر الإسلام هو ممّا لم یوجد فیه مخالف ممّن تأخر عن المصنف کما فی الجواهر(٣)، بل هو المنسوب إلی المشهور قدیماً وحدیثاً.

نعم، المحکی عن حواشی الشهید أنّه إذا لم یظهر الإسلام فدیته دیه الذمّی(۴).

والمتحصّل أنّ فی دیه ولد الزنا ثلاثه أقوال:

الأوّل: ثبوت دیه المسلم إذا أظهر الإسلام وإلّا فلا دیه له.

الثانی: أنّه إذا أظهر الإسلام أو لم یظهر فدیته دیه الذمّی.

الثالث: التفصیل بین إظهاره الإسلام تکون دیته دیه المسلم وإلّا یکون دیته دیه الذمّی.

ولایخفی أنّ ما ورد فی دیه النفس ودیه الأطراف یعمّ المولود للمسلم ولو کان زانیاً والخارج عنه الکافر سواء کان ذمیاً أو غیره، ویعلم بخروج الکافر ما ورد فی دیه الذمّی بأنّه ثمانمئه درهم کما یأتی، وإذا کان الذمّی خارجاً یخرج غیره یعنی الکافر الحربی قطعاً ولم یثبت فیه حتّی دیه الذمّی.

وعلی الجمله، فالمولود من المسلم الزانی بل من الزانیین المسلم والمسلمه

١- (١) رسائل المرتضی ١ : ٢۵۴.

٢- (٢) من لا یحضره الفقیه ۴ : ١۵٣ ، الحدیث ۵٣۴٠.

٣- (٣) جواهر الکلام ۴٣ : ٣٣.

۴- (۴) انظر جواهر الکلام ۴٣ : ٣۴.

....

الشَرح:

داخل فيما دلّ على كون ديه النفس من الأجناس، بل الولـد المفروض محكوم بالإسـلام كما يظهر ذلك ممّا ورد فى جواز أكل ذبيحه ولد الزّنا.

وفى صـحيحه صـفوان بن يحيى، قال: سأل المرزبان أبا الحسن عليه السـلام عن ذبيحه ولـد الزنا قـد عرفناه بذلك؟ قال: «لا بأس به»(۱) الحديث ولو كان محكوماً بالكفر حتّى فيما أظهر الإسلام لم يجز أكل ذبيحته لاشتراط إسلام الذابح.

وممّا ذكرنا من الأقوال فى المسأله وغيره يعلم أنّه لا أعتبار بكلام محكى(۲) عن المرتضى قدس سره حيث قال بعد ذكر مختاره والحجه على ذلك بعـد الإجماع المتردّد أنّا قـد بيّنا أنّ مـذهب الطائفه أنّ ولـد الزنا لا يكون قطّ طاهراً ولا مؤمناً بإيثاره واختياره وإن أظهر الإيمان وهم على ذلك قاطعون وبه عاملون فإذا كانت هـذه صورته عنـدهم فيجب أن تكون ديته ديه الكفّار من أهل الذمّه للحوقه فى الباطن بهم(۳).

ثمّ تعرّض قـدس سره للإشـكال بـأنّه إذا لم يخرج ولـد الزنـا إلى الإسـلام فكيـف يكون مكلّفـاً وأجـاب عنه بمـا يعـدّ فراراً عن الجواب(۴).

أقول: العمده فى الحكم بكفر ولد الزنا ما ورد من النهى عن الاغتسال من ماء بالوعه الحمام معلّلاً بأنّه يسـيل فيه ما يغتسل به ولد الزنا والناصب لنا أهل البيت(۵)، وفى بعضها أنّ ولد الزنا لا يطهر إلى سبعه آباء(۶).

ولكنّ لا يخفى أنّ النهى عن الاغتسال كما ذكرنا فى بحث الطهاره ليس للإرشاد

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۴ : ۴۷ ، الباب ۲۵ من أبواب الذبائح، الحديث الأوّل.

۲- (۲) حكاه فى كشف اللثام ۲ : ۴۹۶ (الحجريه).

۳- (۳) الانتصار: ۵۴۴ ، المسأله ۳۰۵.

۴- (۴) المصدر السابق.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۱ : ۲۱۸ ، الباب ۱۱ من أبواب الماء المضاف، الحديث الأوّل.

۶- (۶) وسائل الشيعه ۱ : ۲۱۹ ، الباب ۱۱ من أبواب الماء المضاف، الحديث ۴.

... .

الشَرح:

إلى تنجس الماء، بل للردع عمّا كان الناس بزعم أنّ الاغتسال ببالوعه الحمام استشفاء والإمام عليه السلام كان بصدد الردع وأنّه كيف يكون فى الاغتسال به أو فيه شفاء مع أنّ فيه غساله ولد الزنا والجنب والناصبى وإلّا لم يكن لذكر الجنب وجه، والمراد من عدم طهاره ولد الزنا، الطهاره من شؤمه الزنا، لا الطهاره الخبثيه كما يظهر ذلك من ملاحظه تلك الأخبار.

والحاصل أنّ ولد الزنا لا يدخل فى عنوان الكافر الذمّى لا فيما أظهر الإسلام ولا فيما لم يظهره، بل إذا كان ولد الزنا بزنا المسلم أوالمسلمه فهو مسلم أظهر الإسلام أو لم يظهره كسائر أطفال المسلمين.

نعم، ورد فى بعض الروايات أنّ ديته ديه الذمّى كخبر إبراهيم بن عبدالحميد، عن جعفر عليه السلام قال: قال: «ديه ولد الزنا ديه الذمى ثمانمئه درهم»(۱) وفى مرسله عبدالرحمن بن عبدالحميد، عن بعض مواليه، قال: قال لى أبو الحسن عليه السلام : ديه ولد الزنا ديه اليهودى ثمانمئه درهم»(۲) ومثلها مرسله جعفر بن بشير(۳)؛ ولضعفهما سنداً الأوّل بعبد الرحمن بن حمّاد وغيره بالإرسال وغيره مع عدم عمل المشهور بها غير قابل الاعتماد عليها.

ثمّ إنّه قد ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن ديه ولد الزنا، قال «يعطى الذى أنفق عليه ما أنفق»(۴) وهذه بظاهرها لم يعهد من الأصحاب العمل به واحتمل حملها على صوره عدم إظهاره الإسلام.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۳ ، الباب ۱۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۲ ، الباب ۱۵ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۲ ، الباب ۱۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۳ ، الباب ۱۵ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

ودیه الـذمّی: ثمـان مئه درهم، یهودیّاً کان أو نصـرانیّاً أو مجوسـیّاً. ودیه نسائهم علی النصف. وفی بعض الروایات: دیه الیهودی والنصرانی والمجوسی دیه المسلم. وفیبعضها دیه الیهودی والنصرانی أربعه آلاف درهم والشیخ رحمه الله : نزّلهما علی من یعتاد قتلهم، فیغلّظ الإمام الدیه بما یراه من ذلک حسماً للجراه[۱].

الشَرح:

ولکن لا یبعـد حملها علی الزنا من طرفی الرجل والمرأه وحیث إنّ الدیه للنفس کما هو ظاهرها انقطاع الإرث من الطرفین وعدم ضمـان الجریره والولاء تصل إلی الإمام علیه السـلام فله أن یعفو الجانی عن الـدیه فی غیر مقـدار ما أنفق علیه المنفق علیه وأمره بإعطاء ذلک المقدار للمنفق علیه، واللّه العالم.

دیه الذمّی

[۱] المعروف بین أصـحابنا أنّ دیه الـذمّی سواء کـان یهودیّاً أو نصـرانیّاً أو مجوسـیّاً ثمـانمئه درهم کما یشـهد لـذلک عـدّه من الروایـات کصـحیحه أبـان بن تغلب قـال: قلت لأبی عبـداللّه علیه السـلام : إبراهیم یزعم أنّ دیه الیهودی والنصـرانی والمجوسـی سواء؟ فقـال: «نعم، قال الحق»(۱) وصـحیحه یونس عن ابن مسـکان، عن أبی عبداللّه علیه السـلام قال: «دیه الیهودی والنصـرانی والمجوسی ثمانمئه درهم»(۲) وموثقه لیث المرادی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السـلام عن دیه النصـرانی والیهودی والمجوسی، فقـال: «دیتهم جمیعاً سواء، ثمانمئه درهم»(۳) ومعتبره محمّـد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السـلام فی حـدیث قال: «دیه الـذمی ثمانمئه درهم»(۴).

وموثّقه سماعه بن مهران، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: بعث رسول اللّه صلی الله علیه و آله

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۱۷ ، الباب ۱۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۱۷ ، الباب ۱۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۱۸ ، الباب ۱۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۵.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۰۸ ، الباب ۴۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۵.

....

الشَرح:

خالـد بن الوليـد إلى البحرين فأصـاب بهـا دمـاء قوم من اليهود والنصـارى والمجوس، فكتب إلى النبى صـلى الله عليه و آله إنّى أصـبت دماء قوم من اليهود والنصارى فوديتهم ثمانمئه درهم ثمانمئه وأصـبت دماء قوم من المجوس ولم تكن عهدت إلىّ فيهم عهداً، فكتب إليه رسول اللّه: إنّ ديتهم مثل ديه اليهود والنصارى، وقال: إنّهم أهل الكتاب(۱). وظاهر ذيل الحديث أنّ المجوس أهل الكتاب كاليهودى والنصارى لا أنّه ملحق لهم فى جمله من الأحكام فقط. ونحوها موثّقه زراره(۲).

هذا فى الرجل الذمّى الحرّ.

وأمّا نساؤهم فـديتهن على النصف أربعمئه درهـم كما هو ظاهر كلمات الأصـحاب أيضاً ويقتضـيه ما دلّ على أنّ ديه المرأه على نصف ديه الرجل، كما أنّ ديه أعضائه على حساب ديه نفسه أخذاً بالإطلاق فيما ورد فى ديه الأعضاء.

ويدلّ عليه أيضاً مثل صحيحه بريد العجلى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مسلم فقأ عين نصرانى، قال: «ديه عين النصرانى أربعمئه درهم»(۳).

وفى مقابل ما تقدّم من الروايات الوارده فى ديه الذمّى وتحديدها بثمانمئه، طائفتان من الأخبار:

إحداهما ما ورد فى أنّ ديته كديه المسلم.

منها موثقه سـماعه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن مسـلم قتل ذمّياً، فقال: هذا شىء شديد لا يحتمله الناس فليعطِ أهله ديه المسلم حتّى ينكل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمّى، ثمّ قال: لو أنّ مسلماً غضب على ذمّى فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۱۸ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۷.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۰ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۱۱.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۱۸ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

....

الشَرح:

ويؤدّى إلى أهله ثمانمئه درهم إذاً يكثر القتل فى الذمّيين ومن قتل ذمّياً ظلماً فإنّه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمياً حراماً ما آمن بالجزيه وأدّاها ولم يجحدها(۱).

وصحيحه أبان بن تغلب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ديه المسلم(۲).

ثانيتهما: ما ورد فى أنّ ديتهم أربعه آلاف درهم أو أنّ: «ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم وديه المجوسى ثمانمئه درهم»(۳) وفى مرسله الفقيه قال: روى أنّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى أربعه آلاف درهم أربعه آلاف درهم؛ لأنّهم أهل الكتاب(۴). وفى روايه أبى بصير التى ضعف سندها بعلى بن أبى حمزه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم، وديه المجوسى ثمانمئه درهم»(۵) والتفصيل بين المجوسى وبين النصرانى واليهودى موافق لفتاوى بعض العامّه، وبما أنّ الروايتين ضعيفتان سنداً لا تصلحان للمعارضه بما تقدّم.

وأمّا الطائفه الأُولى التى تدلّ على أنّ ديه الذمّى ديه المسلم فتحمل على التقيّه؛ لأنّ كون ديه الذمّى ديه المسلم من مذهب العامه، وإن حملها الشيخ على مسلم يعتاد قتل الذمّى وحملها الصدوق قدس سره على ديه ذمّى قام بالوفاء بشرائط الذمّه(۶).

وفى كلا الحملين ما لا يخفى فإنّ الحمل الأوّل بلا شاهد، والثانى بلا وجه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۱ ، الباب ۱۴ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۱ ، الباب ۱۴ من أبواب ديات النفس، الحديث ۲.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۲ ، الباب ۱۴ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

۴- (۴) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۲۲ ، الحديث ۵۲۵۳.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۲ ، الباب ۱۴ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

۶- (۶) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۲۲ ، ذيل الحديث ۵۲۵۴.

ولا دیه لغیر أهل الذمّه من الکفّار، ذوی عهد کانوا أو أهل حرب بلغتهم الدعوه أو لم تبلغ[۱].

ودیه العبد قیمته[۲]، ولو تجاوزت دیه الحر رُدَّت إلیها. وتؤخذ من مال الجانی الحر، إن کانت الجنایه عمداً أو شبیهاً،

الشَرح:

حیث إنّ الذمّی مع خروجه عن شرایط الذمّه یلحق بالحربی ولا دیه فی قتل الحربی.

لا دیه لغیر الذمّی من الکفّار

[۱] وأمّا غیر أهل الذمّه من الکفّار فلا دیه له، سواء کانوا ذوی العهد أو أهل الحرب بلغته الدعوه إلی الإسلام أو لم تبلغ وذلک فإنّ ما ورد فی تحدید دیه النفس والأطراف لا یعمّ غیر المسلم، کما یظهر ذلک من مقدار الحد، ولیس فی البین دلیل آخر یدلّ علی ثبوت دیه فی غیر أهل الکتاب، وما ورد فی أهل الکتاب قد قیّد بالذمّی فی بعض الروایات، ومقتضاه عدم ثبوتها مع عدم الذمّه ویساعده الاعتبار لعدم الحرمه لغیر المسلم.

نعم، لا یبعد الالتزام بأنّ للإمام مع کون قتل الذمّی فی معرض الفساد أن یأخذ دیه المسلم من قاتله دفعاً للفساد ومنعاً عن الاعتیاد کما یظهر ذلک من موثّقه سماعه المتقدّمه(۱).

دیه العبد

[۲] بلا خلاف معروف ویشهد له جمله من الروایات کصحیحه أبی بصیر، عن أحدهما علیه السلام حیث ورد فیها: «لا یقتل حرّ بعبدٍ ولکن یضرب ضرباً شدیداً ویغرم ثمنه دیه العبد»(۲) وصحیحه عبداللّه مسکان عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «دیه العبد قیمته

۱- (۱) تقدمت فی الصفحه ۴۶.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۷ ، الباب ۶ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

ومن عاقلته إن كانت خطأ[١]. وديه أعضائه وجراحاته، مقيسه على ديه الحرّ، فما فيه ديته ففى العبـد قيمته كاللسان والذكر، لكن لو جنى عليه جانٍ بما فيه قيمته، لم يكن لمولاه المطالبه إلاّ مع دفعه. وكلّ ما فيه مقدر فى الحرّ من ديته فهو فى العبد كذلك من قيمته.

ولو جنى عليه جانٍ بما لا يستوعب قيمته كان لمولاه المطالبه بديه الجنايه مع إمساك العبد[٢]،

الشَرح:

فإن كان نفيساً فأفضل قيمته عشره آلاف درهم ولا يجاوز به ديه الحر»(١) ونحوها غيرها.

[١] على المشهور وذلك أخذاً بإطلاق ما دلّ على أنّ العاقله تتحمل الديه فى الخطأ وما دلّ على أنّ الديه فى شبه الخطاء والعمد على الجـانى إطلاقه يعمّ مـا إذا كان المقتول حرّاً أو عبـداً، وعلى ذلك أيضاً الـديه فى الجنايه عليه فيأعضائه، فإن كانت الجنايه عليه فى أعضائه بما فيه قيمته لم يكن لمولاه المطالبه بقيمته إلاّ مع دفع العبد إلى الجانى كما فى الجنايه عليه بقطع لسانه وذكره.

ويـدلّ على ذلك موثّقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه قال: قال على عليه السـلام : «إذا قطع أنف العبد أو ذكره أو شـىء يحيط بقيمته أدّى إلى مولاه قيمه العبد وأخذ العبد»(٢) ونحوها روايه أبى مريم الأنصارى(٣).

ومنه يظهر ما إذا قطع يـدى العبـد فإنّه إذا كان القطع خطأ أو عمداً لا يكون لمولاه المطالبه بقيمته إلاّ بعد دفع العبد، وديه أعضاء العبد على حساب قيمته كحساب ديه أعضاء الحرّ بالإضافه إلى ديه النفس.

[٢] والوجه فى ذلك ظاهر فإنّ العبد ملك لمولاه والجنايه عليه بما لا يستوعب

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٠٧ ، الباب ۶ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٣٨ ، الباب ٣۴ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٣- (٣) التهذيب ١٠ : ١٩۴ ، الحديث ۶٠.

وليس له دفع العبد والمطالبه بقيمته[١]. وما لا تقدير فيه من الحرّ ففيه الأرش، ويصير العبد أصلاً للحرّ فيه.

الشَرح:

قيمته نقص فى ملكه فله المطالبه ببدلها ديه كانت أو أرشاً؛ ولذا لا يجوز للمولى إجبار الجانى أن يأخذ العبد فى الفرض ويعطى قيمته حيث إنّ الجنايه لم توجب فى الفرض نقصاً يستوعب قيمته فإلزام مولاه الجانى بأخذ العبد وإعطاء القيمه يحتاج إلى دليل.

ويدلّ على لزوم إعطاء العبد جانيه بأخذ مولاه تمام قيمته فى صوره استيعاب الجنايه موثّقه غياث المتقدّمه(١) عن جعفر، عن أبيه قال: قال على عليه السلام وأمّا فيما لا تستوعب الجنايه قيمته فلمولاه ديتها أو أرشها، كما يدلّ عليه معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار فى الثمن»(٢).

[١] ذكروا فى ديات الأعضاء والشجاج والمنافع أنّ كلّ جنايه فيها ديه مقدّره إذا وقعت على الحرّ فتحسب الديه فى تلك الجنايه على العبد بنسبه ديه الحرّ، بخلاف ما إذا لم تكن فى الجنايه على الحرّ ديه مقدّره فتؤخذ فى تلك الجنايه على العبد بالأرش أى بالتفاوت ما بين قيمته بلا وقوع تلك الجنايه عليه وقيمته بعد وقوعها فتكون نسبه التفاوت أرشاً فيعيّن أرش الجنايه على ذلك الحساب، فإذا كان الأرش فى العبد ثلث قيمته يكون فى الحرّ ثلث ديه النفس؛ ولذا يقال: ما فيه تقدير من الجنايات على الحرّ فالحرّ فيها أصل، وما ليس فيه تقدير فالعبد فيها أصل. هذا على مسلك المشهور فى تعيين الأرش المسمّى بالحكومه، ولكن لم يقم على كون الأرش والحكومه فى الحرّ كذلك دليل يعتمد عليه غير دعوى الإجماع، والظاهر

١- (١) فى الصفحه السابقه.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٨٨ ، الباب ٨ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ٢.

ولو جنى العبـد على الحرّ خطأً، لم يضـمنه المولى[١]، ودفعه إن شـاء أو فـداه بـأرش الجنـايه، والخيـار فى ذلك إليه، ولا يتخيّر المجنى عليه. وكـذا لو كـانت جنايته لا تسـتوعب ديته، تخيّر مولاه فى دفع أرش الجنايه أو تسـليم العبـد ليسترقّ منه بقـدر تلك الجنايه.

الشَرح:

كونه مدركيّاً حيث علّل فى جمله من الكلمات بعدم طريق آخر إذا أُريد عدم ذهاب حقّ المسلم هدراً.

جنايه العبد على الحرّ خطأً

[١] يعنى ليس للحرّ إلزام مولاه بـدفع الديه عن جنايه العبد عليه، بلا فرق بين أن يكون ديه الجنايه على الحرّ، أكثر من قيمه العبد أم لاـ بـل الخيـار فى ذلـك إلى مولاـه بـأن يعرض جنايه عبـده على الحرّ بإعطاء أقلّ الأمرين من أرش الجنايه أو قيمه العبـد أو إعطاء نفس العبد.

وكـذا فيمـا إذا لم تكن ديه جنـايته مسـتوعبه لقيمه العبـد بأن كان أقلّ من قيمته فيتخيّر أيضاً بين إعطاء أرش جنايته أو دفع العبد ليسترقّ المجنى عليه منه بقـدر الأـرش فيباع ويأخـذ المجنى عليه مقـدار الأرش ويؤدّى باقى القيمه إلى مولاه، بلا فرق بين أقسام العبد من القنّ والمدبّر والمكاتب المشروط.

ويجرى ما ذكر فى الأمه أيضاً بل فى أُمّ الولـد، وقـد تقـدّم ذلك فى جنايه العبـد على الحرّ فى مباحث القصاص، وقـد ذكرنا أنّ ذلك مقتضـى ما ورد من أنّ جنايه العبـد على رقبته لا على مولاه، غايه الأمر أنّ للمولى فى مورد جنايه عبده على الحرّ خطاءً أن يفدى جنايته.

وأمّـا مـا ورد فى أنّ جنـايه أُمّ الولـد على مولاهـا وهى روايه مسـمع بن عبـدالملك، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: «أُم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيّدها، وما كان من

ويستوى فى ذلك كلّه، القن والمدبَّر، ذكراً كان أو انثى. وفى أمّ الولد تردّد، على ما مضى والأقرب أنّها كالقن فإذا دفعها المالك فى جنايتها استرقّها المجنى عليه أو ورثته. وفى روايه: جنايتها على مولاها[١].

الشَرح:

حقوق اللّه عزّوجلّ فى الحدود فإنّ ذلك فى بدنها»(١) الحديث.

[١] لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها بنعيم بن إبراهيم.

ويدلّ على تخيير مولاه بين الفداء عن جنايه عبده خطاء والإمساك به أو تسليمه لاسترقاق المجنى عليه أو أوليائه صحيحه جميل قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : مدبّر قتل رجلاً خطاء من يضمن عنه؟ قال: «يصالح عنه مولاه، فإن أبى دفع إلى أولياء المقتول»(٢) الحديث، ونحوها صحيحه محمّد بن حمران(٣).

وفى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن مدبّر قتل رجلًا عمداً؟ فقال: يقتل به، قلت: فإن قتله خطاءً، فقال: يدفع إلى أولياء المقتول فيكون رقّاً لهم(۴).

وعلى الجمله، بما أنّ جنايه العبد على رقبته والديه فى ثمنه فللمولى أن يدفعه إلى المجنى عليه أو أوليائه، وبما أنّ الديه فى جنايته العبد، تكون فى قيمته فلمولاه أن يدفعها إلى المجنى عليه أو أوليائه، من غير فرق بين أن يستوعب جنايته قيمته أو كانت أكثر، وأمّا إذا كانت أقلّ ولم يدفعها مولاه يسترقّ المجنى عليه بمقدار الديه فيباع ويعطى الزائد إلى مولاه.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٠٣ ، الباب ۴٣ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢١١ ، الباب ٩ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢١١ ، الباب ٩ من أبواب ديات النفس، الحديث ٣.
۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٠٢ ، الباب ۴٢ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

النظر الثانى

ص :۵۳

سفید

ص :۵۴

النَّظرُ الثانی

فی موجبات الضمان: والبحث: إمّا فی المباشره، أو التسبیب، أو تزاحم الموجبات[١].

أمّا المباشره: فضابطها: الإِتلاف، لا مع القصد إلیه، کمن رمی غرضاً فأصاب إنساناً، أو کالضرب للتأدیب فیتّفق الموت منه.

الشَرح:

النظر الثانی

فی موجبات الضمان

[١] مراده قدس سره أنّ الموجب لضمان الدیه أُمور ثلاثه: المباشره والتسبیب وتزاحم الموجبات.

والمراد بتزاحم الموجبات اجتماع المباشره والتسبیب وتقدیم أحدهما علی الآخر فی کون الضمان علی المباشر أو علی المسبّب، والمعیار فیه استناد التلف إلی أیّ منهما؛ ولذا اقتصر بعضهم علی ذکر المباشره والتسبیب.

البحث الأوّل: فی المباشره

ومن اللواحق مسائل:

اشاره

(الأُولی): من دعاه غیره، فأخرجه من منزله لیلاً، فهو له ضامن حتّی یرجع إلیه[١]. فإن عدم، فهو ضامن لدیته. وإن وجد مقتولاً، وادّعی قتله علی غیره، وأقام بیّنه فقد برئ. وإن عدم البیّنه، ففی القود تردّد، والأصحّ أنه لا قود، وعلیه الدیه فی ماله. وإن وجد میّتاً ففی لزوم الدیه تردّد، ولعلّ الأشبه أنه لا یضمن.

الشَرح:

من دعا غیره فأخرجه من منزله لیلاً فهو له ضامن

[١] لا خلاف بین الأصحاب فی أنّ من دعا غیره لیلاً فأخرجه من منزله فهو له ضامن حتّی یرجع إلی بیته، فإن لم یرجع فقد یکون دیته علی من أخرجه من ماله، فإن کان ذلک من واحد فتمام دیته علیه ومع التعدّد یکون علی الجمیع بالسویه.

ویشهد لذلک ما عبّر فی کلمات بعض الأصحاب بصحیحه عمرو بن أبی المقدام (ثابت بن هرمز) أنّ رجلاً قال لأبی جعفر المنصور وهو یطوف: یا أمیر المؤمنین إنّ هذین الرّجلین طرقا أخی لیلاً فأخرجاه من منزله فلم یرجع إلیّ وواللّه ما أدری ما صنعا به؟ فقال لهما: ما صنعتما به؟ فقال: یا أمیر المؤمنین کلّمناه ثمّ رجع إلی منزله إلی أن قال: فقال لأبی عبداللّه جعفر بن محمّد

علیهماالسلام : اقض بینهم إلی أن قال: فقال یا غلام اکتب: بسم اللّه الرحمن الرحیم قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله کلّ من طرق رجلًا باللیل فأخرجه من منزله فهو ضامن إلّا أن یقیم علیه البیّنه أنّه قد ردّه إلی منزله یا غلام نحّ ِ هذا فاضرب عنقه، فقال: یا بن رسول اللّه واللّه ما أنا قتلته ولکنّی أمسکته ثمّ جاء هذا فوجأه فقتله، فقال: أنا ابن رسول اللّه یا غلام نحّ ِ هذا فاضرب عنقه للآخر، فقال: یابن رسول اللّه ما عذّبته ولکنّی قتلته بضربه واحده فأمر أخاه فضرب عنقه، ثمّ أمر بالآخر فضرب جنبیه وحبسه فی السّجن ووقع علی

....

الشَرح:

رأسه يحبس عمره ويضرب كلّ سنه خمسين جلده(۱).

وروى الشيخ قدس سره بإسناده عن جعفر بن محمّد القمی، عن عبداللّه بن میمون، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا دعا الرجل أخاه بلیل فهو له ضامن حتّی یرجع إلی بیته»(۲) وسنده إلی جعفر بن محمّد بن عبداللّه القمی ضعیف، والروایه الأُولی رواها الکلینی(۳) بسند ضعیف ورواها الشیخ باسناده عن الحسین بن سعید، عن محمّد بن الفضیل، عن عمرو بن أبی المقدام ومحمّد بن الفضیل لا یبعد کونه مردّداً.

وکیف کان فالحکم متسالم علیه بین الأصحاب فی صوره فقد الرجل.

وأمّا إذا وجد مقتولاً ففی کون الضمان علی المخرج بالدیه کما فی صوره الفقدان أو یتعلّق علی المخرج القود خلاف، وما ورد فی الروایه الضمان لا یدلّ علی القود، غایه الأمر یثبت علیه الدیه فإنّه لا یقصر عن صوره الفقدان.

نعم، لو ادّعی أولیاؤه القتل علی من أخرجه من بیته یحتاج إثباته إلی القسامه فإنّه مورد اللوث؛ ولذا لا تبرؤ ذمه المخرج إلاّ أن یقیم البیّنه علی أنّه أرجعه إلی منزله.

والحاصل أنّ القتل عمداً ثبوته یحتاج إلی مثبت وإذا وجد میّتاً فعلی المخرج الضمان إذا احتمل دخل إخراجه فی موته، وإلاّ لا یکون علیه شیء لانصراف الروایه عن صوره عدم احتمال دخاله إخراجه فی موته.

ثمّ لا یخفی أنّ ما ورد فی الروایه من أمر الإمام علیه السلام بضرب عنق الأوّل للآخر لا یدلّ علی أنّ الضمان یوجب القصاص، بل کان أمره علیه السلام بضرب عنقه لاستظهار الحال، وإلاّ لم یکن للغلام دخل فی القصاص فإنّه حقّ أولیاء المیّت؛ ولذا بعد ثبوت

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۵۱ ، الباب ۱۸ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۲۲۲ ، الحدیث ۲.

۳- (۳) الکافی ۷ : ۲۸۷ ، الحدیث ۳.

(الثانيه): إذا أعادت الظئر الولد، فأنكره أهله، صُدِّقت[۱] ما لم يثبت كذبها، فيلزمها الديه أو إحضاره بعينه أو من يحتمل أنّه هو، ولو استأجرت أُخرى، ودفعته بغير إذن أهله، فجُهِل خبره، ضمنت الديه.

الشَرح:

القتل بإقرار الآخر أمر الإمام عليه السلام أخا المقتول بالاقتصاص منه.

إذا أعادت الظئر الولد فأنكره أهله

[۱] كما يدلّ على ذلک صحيحه الحلبی قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل اسـتأجر ظئراً فدفع إليها ولده فغابت بالولد سنيـن ثـمّ جاءت بالولـد وزعمـت أُمّه أنّهـا لا ـ تعرفه وزعم أهلهـا أنّهم لا ـ يعرفـونه؟ فقـال: «ليس لهم ذلـک فليقبلـوه إنّمـا الظئر مأمونه»(۱) ومقتضـى كونهـا مـأمونه أنّهـا لو ادّعت موت الطفـل قبلت دعواهـا ولا ـ يكون لأهله إلّا الاسـتحلاف كما هو مقتضـى الـدعوى على الأمين، وقـد قيّـدوا قبول قولها بما لم يثبت كـذبها، وإلّا تلزمها مع ثبوت كذبها ديه الطفل أو إحضار الولد بعينه أو من يحتمل كونه هو الولد.

وقد يقال مجرّد ظهور كذب الظئر لا يوجب ضـمانها الديه؛ لأنّ مجرّد الكذب لا يوجب ثبوت الديه، والضمان على ذی اليد إنّما هو فيما وضع يده على المال، وأمّا أنّ وضع اليد على الحرّ يوجب ضمان الديه فلم يثبت بشیء يعتمد عليه إلّا دعوى الإجماع فی المقام.

وأمّـا استفاده الحكم ممّـا ورد فی مسأله من دعا غيره ليلًا وأخرجه من منزله لا يعمّ المقام، بل لا يرتبط به، فإنّه لا يعمّ من أخرج من منزله نهاراً فضلًا عن مسأله ثبوت كذب الظئر فی دعواها.

وكذا لا يمكن استفاده ذلک ممّا ورد فی الفرض الثانی الوارد فی المتن من أنّها

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۶۶ ، الباب ۲۹ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

(الثالثه): لو انقلبت الظئر فقتلته، لزمها الديه فى مالها، إن طلبت بالمظائره الفخر[۱]. ولو كان للضروره، فديته على عاقلتها.

الشَرح:

دفعت الطفل إلى غيرها بغير إذن أهله فجهل خبرها؛ لأنّ موردها خيانه الظئر وتعدّيها الولد حيث أعطته للغير لا ثبوت مجرّد كذب الظئر فى أنّ الولد هو من جاءت به.

وعلى الجمله، لم يثبت تعدّيها فى الفرض ليكون عليها الديه كما هو موضوع ثبوتها.

نعم، إذا جاءت بعد ذلک بمن يحتمل أنّه هو الولد لا بأس بقبول قولها؛ لأنّها لم تخرج بالكذب السابق عن عنوان الأمين وإلاّ كان قبول قولها بلا وجه.

أقول: ورد فى صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر ظئراً فأعطاها ولده وكان عندها فانطلقت الظئر واستأجرت أُخرى فغابت الظئر بالولد فلا يدرى ما صنعت به؟ قال: «الديه كامله»(۱) والمستفاد منها ضمان الظئر، الولد الذى أخذته ولم يردّها حيث إنّها لو جاءت بعد ثبوت كذبها بالولد، أو من يحتمل كونه هو الولد واعتذرت عن كذبها باشتباهها فلا تكون خائنه وإلاّ تكون خائنه كما إذا لم تأت ِبه حيث إنّ المستفاد من صحيحه سليمان بن خالد أنّ عدم المجىء بالولد مع استيمانها بالمظائره يوجب عليها الديه مع خيانتها حتّى مع عدم العلم بموت الولد.

لو انقلبت الظئر فقتلت الولد

[۱] مقتضى القاعده عدم ضمان الظئر إذا انقلبت فى نومها مع عدم كون ذلک الانقلاب فى النوم أمراً عاديّاً لها؛ لعدم قصدها الانقلاب ولا فعلاً آخر لم يقع ووقع

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۶۷ ، الباب ۲۹ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۳.

(الرابعه): روی عبداللّه بن طلحه عن أبی عبداللّه علیه السلام فی لصٍّ دخل علی امرأه، فجمع الثیاب ووطأها قهراً، فثار ولدها فقتله اللصّ، وحمل الثیاب لیخرج، فحملت هی علیه فقتلته، فقال: یضمن موالیه دیه الغلام، وعلیهم فیما ترک أربعه آلاف درهم لمکابرتها علی فرجها، ولیس علیها فی قتله شیء. ووجه الدیه، فوات محلّ القصاص لأنّها قتلته دفعاً عن المال فلم یقع قصاصاً. وإیجابُ المال دلیلٌ، علی أنّ مهر المثل فی مثل هذا لا یتقدّر بخمسین دیناراً، بل بمهر أمثالها ما بلغ. وتنزل هذه الروایه علی أنّ مهر أمثال القاتله هذا القدر[١].

الشَرح:

الانقلاب فلا یکون القتل الصادر خطاءً محضاً أیضاً فإنّ المعتبر فی الخطاء المحض قصد فعل وتحقّق فعل آخر.

وإن کان انقلابها فی نومها أمراً عادیّاً فلا یبعد ضمانها الدیه فی مالها لأنّ نومها فی الفرض من قصد الانقلاب علی الولد ولکن ورد فی صحیحه محمد بن مسلم المرویه فی المحاسن قال: قال أبو جعفر علیه السلام : «أیّما ظئر قوم قتلت صبیّاً لهم وهی نائمه فقتلته فإنّ علیها الدیه من مالها خاصّه إن کانت إنّما ظائرت طلباً للعزّ والفخر وإن کانت ظائرت من الفقر فإنّ الدیه علی عاقلتها»(١) والروایه صحیحه یتعین الأخذ بها وإن کانت علی خلاف القاعده.

فی لصّ دخل علی امرأه فوطئها قهراً

[١] هذه الروایه بحسب نقل عبداللّه بن طلحه(٢) لا تخلو عن الإشکال فی السند لعدم ثبوت توثیق لعبداللّه، ومحمّد بن حفص أبو جعفر کان وکیل الناحیه، وأبوه حفص بن عمرو المعروف بالعمری وکیل أبی محمّد علیه السلام .

١- (١) المحاسن ٢ : ٣٠۴ - ٣٠۵ ، الحدیث ١۴.

٢- (٢) وسائل الشیعه ٢٩ : ۶٢ ، الباب ٢٣ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ٢.

....

الشَرح:

ولكن روى الصدوق، عن يونس بن عبدالرحمن، عن عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأه ليسرق متاعها فلمّا جمع الثياب تبعتها نفسه فواقعها فتحرّك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه فلمّا فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج حملت عليه بالفأس فقتلته، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد؟ فقال أبو عبداللّه عليه السلام : «يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه ديه الغلام ويضمن السارق فيما ترك أربعه آلاف درهم بما كابرها على فرجها؛ لأنّه زان وهو فى ماله يغرمه وليس عليها فى قتلها إيّاه شىء؛ لأنّه سارق»(۱) وقد يورد على الروايه مع أنّه لا يبعد صحّتها سنداً؛ لأنّ الشيخ قدس سره ذكر طريق الصدوق قدس سره إلى يونس بن عبدالرحمن فى الفهرست(۲) وإن لم يذكر الصدوق نفسه فى مشيخه الفقيه، والطريق المذكور صحيح إن ثبت أنّ الروايه مأخوذه من كتب يونس بن عبدالرحمن؛ لأنّ الشيخ قدس سره لم يروها عن يونس بن عبدالرحمن، بل روى باسناده عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمّد بن حفص، عن عبداللّه بن طلحه، عن أبى عبداللّه عليه السلام (۳) بأنّ مدلولها على خلاف القواعد حيث إنّ قتل السارق ولد المرأه التى قهر عليها فى فرجها كان قتلاً عمدياً فكيف تكون الديه مع فوات محلّ القصاص على العاقله وفرض عدم المال له ينافيه أنّ على السارق المقتول أربعه آلاف لإكراهه على المرأه على فرجها وكيف يحسب قتل السارق جزاءً على سرقته مع أنّ السارق يقطع يده؟

وقد تصدّى الماتن لدفع هذه الإشكالات بأنّ قتل المرأه السارق كان دفاعاً عن ماله الذى أراد السارق الذهاب به والانتقال إلى الديه لفوات مورد القصاص حيث إنّ

۱- (۱) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۶۴ ، الحديث ۵۳۷۱.

۲- (۲) الفهرست : ۲۶۶ ، باب يونس ، الرقم ۱.

۳- (۳) التهذيب ۱۰ : ۲۰۸ ، الحديث ۲۸.

وروی عنه عن أبی عبداللّه علیه السلام فی امرأهٍ أدخلت لیله البناء بها صدیقاً إلی حجلتها[۱]، فلمّا أراد الزوج مواقعتها ثار الصدیق، فاقتتلا فقتله الزوج فقتلته هی، فقال علیه السلام : تضمن دیه الصدیق وتُقتل بالزوج، وفی تضمین دیه الصدیق تردّد، أقربه أنّ دمه هدر.

الشَرح:

السارق قتل دفاعاً عن المال وأنّ ما ذکروا من ضمان الزانی المکره علی المرأه مهر المثل المحدود بخمسین دیناراً غیر تامّ، بل الضمان بمهر المثل غیر محدّد بمقدار خاصّ وفی کلّ مورد یحسب المهر بحسب مهر أمثال المرأه. ولکن لا یخفی أنّه لو تمّ ما ذکر لا یتمّ ضمان أولیاء السارق لدیه الغلام، إلاّ أن یقال مع صحّه الروایه سنداً وتمام دلالتها یؤخذ بمدلولها فی الدیه أیضاً فیما إذا لم یکن للسارق مال. ولکن صحیحه عبداللّه بن سنان وکذا روایه عبداللّه بن طلحه فی قضیه إدخال المرأه صدیقها حجلتها مشتمله علی أمر لا یمکن الالتزام به کما یأتی وعلی ذلک یوهن الأخذ بتمام ما ورد فی الروایه مع إعراض الأصحاب عنها.

فی امرأه أدخلت صدیقاً إلی حجلتها

[۱] ما ذکر قدس سره من روایه عبداللّه بن طلحه وإن کانت ضعیفه سنداً إلاّ أنّه رواها الصدوق قدس سره بسنده عن یونس بن عبدالرحمن، عن عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قلت له: رجل تزوّج امرأه فلمّا کان لیله البناء عمدت المرأه إلی رجل صدیق لها فأدخلته الحَجَله فلمّا ذهب الرجل یباضع أهله ثار الصدیق فاقتتلا فی البیت فقتل الزوج الصدیق وقامت المرأه فضربت الرجل ضربه فقتلته بالصدیق؟ قال: «تضمن المرأه دیه الصدیق وتقتل بالزوج»(۱) ودلالتها علی أنّ المرأه تقتل بالزوج قصاصاً حکم علی القاعده، ولکن ظاهرها ضمان المرأه دیه الصدیق وهذا لا یمکن الأخذ به فإنّ من دخل بیت الآخر وشهر سیفه فدمه هدر.

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۶۵ ، الحدیث ۵۳۷۵.

(الخامسه): روی محمّد بن قیس، عن أبی جعفر عن علیّ علیهماالسلام : [۱] فی أربعه شربوا المسکر، فجرح اثنان، وقتل اثنان، فقضی دیه المقتولین علی المجروحین، بعد أن ترفع جراحه المجروحین من الدیه. وفی روایه السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : أنّه جعل دیه المقتولین علی قبائل الأربعه، وأخذ دیه جراحه الباقین من دیه المقتولین. ومن المحتمل أن یکون علیّ علیه السلام ، قد اطَّلع فی هذه الواقعه علی ما یوجب هذا الحکم.

الشَرح:

فی أربعه شربوا المسکر فجرح اثنان و قتل اثنان

[۱] روی فی الوسائل عن محمّد بن یعقوب، عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، وعن محمّد بن یحیی، عن أحمد بن محمّد جمیعاً، عن ابن أبی نجران، عن عاصم بن حمید، عن محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی أربعه شربوا مسکراً فأخذ بعضهم علی بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان فأمر المجروحین فضرب کلّ واحد منهما ثمانین جلده وقضی بدیه المقتولین علی المجروحین وأمر أن تقاس جراحه المجروحین فترفع من الدیه فإن مات المجروحان فلیس علی أحد من أولیاء المقتولین شیء»(۱).

أقول: قد تقدّم الکلام فی تعلّق القود علی الجانی بالقتل متعمّداً ولکن وقع الخلاف فی الجانی السکران فهل تحسب جنایته تعمدیاً أو أنّه غیر تعمّدی بحیث تکون علی الدیه فی ماله، وذکرنا سابقاً أنّ الشخص إذا علم من حاله أنّه إذا سکر فی واقعه تصدر منه الجنایه قتلاً أو غیره تکون الجنایه الصادره منه عمدیاً، وأمّا إذا لم یکن کذلک فصدر منه الجنایه بعد سکره اتفاقاً تکون علیه الدیه وعلی ذلک یمکن أن تکون الواقعه من الثانی؛ ولذا حکم بأنّ دیه المقتولین علی المجروحین بعد وضع دیه جراحتهما.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۳۳ ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

ودعوى أنّه لم تكن فی الروایه فرض قتل المقتولین من المجروحین وکون جراحتهما کانت من المقتولین تـدفعها أنّها حکایه فی واقعه لعلّها کانت کما ذکر، اللهم إلاّ أن یقال إنّ حکایه الإمام علیه السـلام قضاء علی علیه السلام ظاهرها بیان حکم الواقعه وأنّ الحیّ من المقـاتلین حال سـکرهم یضـمن دیه المقتول بعـد وضع دیه جراحته، وموت المجروحین یوجب تغییر الحکم بمعنی أنّ مع سرایه جراحتهما لا یکون شیء علی أولیاء القاتلین بأن یکون دم السکره فی الفرض هدراً.

وتـدلّ معتبره السـکونی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام علی خلاف ذلک ولکن یمکن جعلها قرینه علی أنّ السـکران إذا کان من القسم الأـوّل یتعلّق به القود قـال علیه السـلام : کـان قوم یشـربون فیسـکرون فیتبـاعجون بسـکاکین کانت معهم، فرفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السـلام فسـجنهم فمـات منهم رجلاـن وبقی رجلاـن فقال أهل المقتولین: یا أمیر المؤمنین أقـدهما بصاحبینا، فقال للقوم: ما ترون؟ فقالوا: نری أن تقیدهما، فقال علی علیه السلام للقوم: فلعلّ ذینک اللذین ماتا قتل کلّ واحد منهما صاحبه، قالوا: لاـ نـدری، فقـال علی علیه السـلام : بـل اجعـل دیه المقتولین علی قبائل الأربعه وآخـذ دیه جراحه الباقیین من دیه المقتولین(۱). الحدیث، فإنّه یستفاد منها أنّ الجانی القاتل مع کونه سـکراناً یتعلّق به القود فلابد من أن یکون المراد القسم الأوّل من السـکران بقرینه صحیحه محمّد بن قیس المتقدّمه(۲) ولو فرض تعارضهما فی ذلک وسائر ما ورد فیهما یکون المرجع ما تقدّم من القاعده وهو التفصیل بحسب کون الجنایه حال السکر عادیاً أو اتّفاقیاً فیتعلّق فی الأوّل القود وفی الثانی الدیه فی مال الجانی.

ص: ۸۵

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۳۳ - ۲۳۴ ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۲- (۲) فی بدایه تعلیقه المسأله الخامسه.

(السادسه): روی السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام ومحمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام عن علی علیه السلام [۱]: فی سته غلمان، کانوا فی الفرات فغرق واحد، فشهد اثنان علی الثلاثه أنّهم غرقوه، وشهد الثلاثه علی الاثنین، فقضی بالدیه ثلاثه أخماس علی الاثنین وخمسین علی الثلاثه، وهذه الروایه متروکه بین الأصحاب. فإن صحّ نقلها، کانت حکماً فی واقعه، فلا تتعدی لاحتمال ما یوجب الاختصاص.

الشَرح:

فی سته غلمان کانوا فی الفرات فغرق واحد منهم

[۱] رواها الکلینی باسناده إلی السکونی والشیخ بإسناده عن محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام (۱).

ومقتضاه سماع شهاده الثلاثه بالإضافه إلی الاثنین فی توزیع الدیه علی رؤوس الشهود وسماع شهاده الاثنین فی حقّ الثلاثه فیکون خمسین من الدیه علی الثلاثه وثلاثه أخماس علی الاثنین، وهذا الحکم المستفاد منهما عند الأصحاب خلاف القاعده فإنّه من التبعیض فی قبول الشهاده المتعارضه مع عدم فرض الدعوی من أولیاء المیت، ولعلّ ضمان الدیه فی مثل الفرض کضمان أهل القریه دیه المقتول الذی وجد فی تلک القریه حکم للتحفّظ علی الدماء، واللّه العالم.

۱- (۱) الکافی ۷ : ۲۸۴ ، الحدیث ۶ ، التهذیب ۱۰ : ۲۳۹ ، الحدیث ۳.

البحث الثانی: فی الأسباب وضابطها ما لولاه لمّا حصل التلف[۱]، لکن علّه التلف غیره، کحفر البئر ونصب السکین وإلقاء الحجر، فإنّ التلف عنده بسبب العِثار، ولنفرض لصورها مسائل:

(الأُولی): لو وضع حجراً فی ملکه أو مکان مباح، لم یضمن دیه العاثر. ولو کان فی ملک غیره، أو فی طریق مسلوک، ضمنه فی ماله. وکذا لو نصب سکّیناً، فمات العاثر بها. وکذا لو حفر بئراً أو ألقی حجراً. الشَرح:

ضابط المباشره

أمّا المباشره فضابطها کون الإتلاف أی إتلاف النفس أو الطرف یعد فعله من غیر قصده إلیه، وإلاّ فلو کان قاصداً تلف أحدهما بفعله فاتّفق التلف یکون مورد القصاص لا الدیه.

وقد ذکر الماتن للمباشره من غیر قصد مثالین:

أحدهما: من قبیل القتل الخطائی المحض، کمن رمی غرضاً أی هدفاً فأصاب

وتبيّن هذه الجمله بمسائل:

(الأُولى): الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه[۱] إن كان قاصراً، أو عالج طفلاً أو مجنوناً لا بإذن الولى، أو بالغاً لم يأذن.

الشَرح:

إنساناً فقتله.

وثانيهما: من قبيل شبه الخطاء كمن ضرب زوجته أو طفله للتأديب فاتّفق موتها أو موته فإنّ هذا من قبيل الخطاء بنحو شبه العمد حيث إنّ الفعل الواقع على الزوجه أو الطفل كان مقصوداً من غير قصد القتل ولا كون الضربه من آلات قاتله وإلّا فلو قصد القتل أو كانت الضربه قاتله كما فى الضرب بالحديد أو نحوه يكون المورد من موارد القصاص.

وقد يقال إنّه لو اتفق موت الزوجه أو وقوع التلف فى أطرافها لاـ يضمن الزوج الضارب كما لوكان الضرب فى مورد جوازه لنشوزها لأنّ المفروض تجويز الشارع ذلك الضرب.

وفيه أنّ ترتّب القتل كاشف عن عدم كون ذلك الضرب تأديباً، بل كان قتلاً غايه الأمر لاعتقاده أنّه يوجب الأدب ورجوعها إلى طاعته لم يكن معصيه، مع أنّ جواز الفعل شرعاً لا ينافى الضمان فيما إذا ترتّب عليه التلف اتفاقاً بل مطلقاً بأن يتعلّق على الفاعل الضمان، وإن كان فعله جايزاً ولم يترتّب على الفعل ما يعدّ من التلف، كما فى احمرار الوجه فى الضرب تأديباً، ولكن لا يبعد ظهور إذن الشارع فضلاً عن أمره بمثل ذلك عدم ترتّب ديه أو أرش عليه وهذا أمر آخر غير ما ترتّب القتل بتخيل أن الضرب تأديب.

الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه

[۱] ذكر قدس سره ضمان الطبيب ما يتلف بعلاجه سواء كان نفساً أو طرفاً أو منفعه العضو إذا كان الطبيب قاصراً فى العلاج أو عالج طفلاً أو مجنوناً بلا إذن الولى أو بالغاً

....

الشَرح:

لم يأذن وعطفه: أو عالج طفلاً الخ، ب (أو) العاطفه مقتضاه ضمان القاصر مطلقاً حتّى فيما إذا كان مباشرته العلاج بإذن المريض البالغ أو ولىّ الطفل والمجنون، وكذا يضـمن إن كان حاذقاً فيما باشر علاج الطفل والمجنون بلا إذن وليّهما أو البالغ إذا لم يأذن فيه.

وأمّا إذا كان حاذقاً وباشر علاج الطفل أو المجنون بإذن الولى أو البالغ بإذنه فيه مع شعوره وعقله ومع عدم ذلك بالاستئذان من وليّه واتّفق ترتّب التلف من غير تقصيره.

فقيل(١) إنّه لا يضـمن لأنّ الضـمان يوجب أن يوقف الطبيب علاجه ولأنّ الضمان فى الفرض يسقط بالإذن كالإذن فى التصرّف فى المال الذى ربّما يترتّب عليه تلفه، ولأنّ علاجه مع الإذن عمل مجاز شرعاً فلا يوجب ضماناً.

وقيل كما عن جماعه(٢) بالضـمان؛ لأنّ التلف مستند إلى الطبيب ولو كان مجازاً فى العلاج حيث إنّ الإذن فى العلاج من الولى أو المريض البـالغ لاـ يكون إذنـاً فى الإتلاف، كما أنّ الجواز الشـرعى وإذن الشارع فى العلاج لا ينافى الضـمان إذا اتّفق التلف؛ ولذا قال قدس سره : وقيل يضمن لمباشرته الإتلاف وهو أشبه.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى ضـمان الطبيب حتّى الحاذق مع عدم تقصـيره فى العلاج إذا ترتّب عليه التلف، ويدلّ على ذلك معتبره السـكونى، عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليّه، وإلاّ فهو له ضامن»(٣) وظاهرها كون العلاج بالمباشـره كقطعه عرقاً أو خيطه جرحاً أو قطعه شـيئاً من عضوه لفساده أو تزريقه ونحو ذلك ما يوجب استناد التلف إلى الطبيب، وأمّا

١- (١) القائل هو ابن ادريس فى السرائر ٣ : ٣٧٣.

٢- (٢) ذُكروا فى جواهر الكلام ٤٣ : ٤٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٦٠ ، الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

مجرد توصيفه الدواء كقوله: بنظرى أنّ دواء مرضک الشراب الفلانى وشربه المريض باختياره أو بتكليف الولى فلا يستند التلف إلى الطبيب فضلاً عن كون الإتلاف بمباشره الطبيب فلا حاجه إلى أخذ براءته من الولى فى هذا الفرض وإنّما يحتاج انتفاء الضمان إلى أخذ البراءه من الولى فى فرض مباشرته العلاج.

والمراد من الولى فى فرض الطفل والمجنون وليّهما الشرعيين، وفى البالغ مع شعوره وعقله نفس المريض حيث إنّه وليّ نفسه، ومع عدم شعوره وعقله أولياؤه أى وراثه.

وأخذ البراءه عن الضمان قبل تحقّق الضمان وإن يدخل فى إسقاط ما لم يجب إلاّ أنّه لا بأس بالالتزام به فى مورد قيام الدليل كما فى المقام، ومع جواز أخذ البراءه كذلک لا يوجب الالتزام بالضمان توقّف الطبيب عن القيام بالعلاج كما هو ظاهر.

ثمّ لا يخفى أنّ الحكم بضمان الطبيب يختصّ بما إذا كان التلف بعلاجه سواء كان أصل التلف به أو استعجال التلف.

وأمّا إذا لم يكن التلف بعلاجه أصلاً بأن كان علاجه غير مفيد أصلاً فتلف بمرضه والداء المصاب به فلا موجب لضمانه.

وأيضاً إذن الولى فى العلاج لا يكون من قبيل استيجار شخص على عملٍ يقتضى طبيعى العمل احتمال تلف العين، كما إذا استأجره على إدخال مسامير ضخيمه فى خشبات ضعيفه حيث يستلزم طبيعى هذه العمل ولو مع عدم التقصير فى العمل كسر الخشبه احتمالاً ومع عدم التقصير إذا وقع كسر الخشبه لا يضمن الأجير كسرها، والوجه فى عدم كون الطبابه من قبيله أنّ الاستيجار على العمل المفروض إذن فى الإتلاف الاتّفاقى، وهذا الإذن من المالک نافذ بخلاف إذن الولى فى الطبابه فإنّ إذنه فى الإتلاف غير نافذ، والإذن الشرعى فى العمل لا ينافى الضمان

ولو كان الطبيب عارفاً، وأذن له المريض فى العلاج، فآل إلى التلف، قيل: لا يضمن[١] لأنّ الضمان يسقط بالإِذن، لأنّه فعلٌ سائغ شرعاً، وقيل: يضمن لمباشرته الإِتلاف، وهو أشبه. فإن قلنا لا يضمن، فلا بحث. وإن قلنا يضمن، فهو يضمن فى ماله. وهل يبرأ بالإِبراء قبل العلاج؟ قيل: نعم، لروايه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام . قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : من تطبّب أو تبيطر، فليأخذ البراءه من وليّه، وإلاّ ـ فهو ضامن، ولأنّ العلاج مما تمسّ الحاجه إليه. فلو لم يشرّع الإبراء، تعذّر العلاج، وقيل: لا يبرأ لأنّه إسقاط الحقّ قبل ثبوته.

الشَرح:

على ما تقدّم فينحصر انتفاء الضمان على الطبيب على طلب البراءه عن الضمان قبل عمله على ما دلّ عليه معتبره السكونى، ومدلولها وإن كان متضمّناً للبيطار أيضاً، وإذن المالك فيه نافذ بالإضافه إلى الإتلاف الذى احتماله فى بعض الموارد لازم طبيعى العمل إلاّ أنّه لا بأس بالالتزام به مع عدم أخذ البراءه مع أنّ التلف فى الحيوان ولو أحياناً ليس من طبيعى البيطره.

ولا يخفى أنّ استحقاق الطبيب الأُجره على طبابته فيما إذا أفادت المريض بل مطلقاً موقوف على إذن الولى ظاهراً، سواء انحصر الطبيب فيه أم لا، وأمّا توقف جواز مباشرته فيما إذا انحصر الحاذق فيه، على إذنه محلّ تأمّل حتّى مع حضوره.

هل يبرأ الطبيب بالإذن فى العلاج

[١] قد تقدّم أنّه غير صحيح لأنّ إذن المريض فى العلاج ليس إذناً فى إتلافه أو إتلاف عضوه.

ودعوى أنّ تلف النفس أو العضو لزومه على العلاج أمر طبيعى كما فى الإذن فى فعل يتعلّق بالمال كإذنه أو استيجاره على إدخال مسمار كبير فى لوحه ضعيفه حيث لا يضمن الأجير كسر الخشبه عن إدخال المسمار فيه من غير تفريط.

(الثانیه): النائم إذا أتلف نفساً بانقلابه أو بحركته، قيل: يضمن الديه فی ماله، وقيل: فی مال العاقله، والأوّل أشبه[۱].

الشَرح:

لا یمکن المساعده علیها فإنّ إذن المالك فی التصرّف فی ماله نافذ، بخلاف إذنه فی إتلاف نفسه أو طرفه، والجواز فی مباشره العلاج فی حقّ الطبيب شرعاً لا يلازم انتفاء الضمان، فالأصح ضمان الطبيب إلّا إذا أخذ البراءه من الولی قبل العلاج كما هو ظاهر معتبره السكونی.

وما قيل من أنّ مدلولها ينافی قاعده عدم نفوذ إسقاط ما لم يجب كماتری فإنّ القاعده المذكوره لا تزيد على سائر العمومات التی يرفع اليد عنها بورود خطاب الخاصّ، فالإسقاط أمر اعتباری لا أمر واقعی خارجی ليمتنع إزالته قبل وجوده.

وممّا ذكر يظهر أنّه إذا استند التلف إلى علاج الطبيب ولم يأخذ البراءه قبل مباشرته العلاج يكون ضمان التلف فی ماله حيث إنّه قصد العلاج أی الفعل الذی ليس بقاتله عاده ولم يقصد به القتل فيكون داخلًا فی شبه العمد.

ضمان النائم إذا أتلف نفساً

[۱] المراد من النائم فی المقام غير الظئر لما سيأتی التعرض لضمانها بانقلابها فی نومها وقتلها الرضيع والنائم غير الظئر، إذا أتلف نفساً بانقلابه أو بحركته فی نومه التزم جماعه من أصحابنا بأنّ الضمان فی مال النائم، والوجه فی ذلك أنّ تلف النفس مستند إلی فعله، وبما أنّه لم يقصد القتل ولا فعله القاتل يكون قتله من قبيل شبه العمد فتكون الديه فی ماله؛ ولذا ذكروا هذه المسأله فی مباحث موجبات الضمان، ولكن قد تقدّم أنّ المعيار فی القتل بشبه الخطاء ما إذا قصد الفعل الذی لا يقتل عاده ولم يقصد القتل به فاتّفق الموت، والمفروض فی المسأله أنّه لم يصدر الانقلاب والحركه من النائم بالقصد والاختيار أصلًا.

....

الشَرح:

ودعوى أنّ نوم هذا الشخص فى جنب شخص آخر يحسب من التسبيب فيوجب الضمان كحفر البئر فى طريق يحتمل وقوع المارّه فيها، يدفعها أنّه لا يعمّ الفرض الذى سبق نومه فى ذلك المكان على نوم المقتول بجنبه، بل لا يصحّ فى لحوق نومه أيضاً إذا كانت تلك الحركه والانقلاب أمراً غير عادى منه بحيث وقوعه منه يلحق بالقضاء والقدر.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الالتزام بأنّ الديه على عاقلته؛ لأنّه من الخطأ المحض لا يخلو عن الإشكال فإنّ المعيار فى قتل الخطأ المحض من قصد شيئاً ووقع غيره أو أصاب غيره والمفروض أنّه لم يقع منه قصد حتّى لحركته وانقلابه.

ودعوى أنّ الحصر فى تحديد الخطأ المحض إضافى بالإضافه إلى قتل شبه العمد لا أنّ الخطأ المحض منحصر فى ما ذكر أيضاً لا يمكن المساعده عليها؛ فإنّ ما ورد فى بعض الموارد من كون الديه على الجانى أو على العاقله مع عدم انطباق التحديد على كلّ منهما فهو لدليل خاصّ يقتصر على مورده ويؤخذ فى غيره بمقتضى تحديد كلّ منهما، ويؤيد ذلك ما ورد فى سقوط إنسان من شاهق على آخر بغير اختياره فقتله(1)، ووجه التأييد عدم كون سقوطه عليه أمراً قصدياً بل لم يكن أصل سقوطه باختياره وقصده.

وبهذا يدفع احتمال أن تكون ديه المقتول على بيت المال لعدم ذهاب دم المسلم هدراً؛ لأنّ ذلك ما لا يعدّ الموت من قضاء اللّه وقدره، أو كان دفع الديه من بيت المال لمصلحه خاصّه كالذى يقتل يوم الجمعه أو العيد للزحام فإنّ أداء الديه من بيت المال لئلا يكون وقوع ذلك اتّفاقاً موجباً لرغبه الناس عن حضور الجمعه والعيد.

ص :61

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 56، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس.

(الثالثه): إذا أعنف بزوجته جماعاً فی قبل أو دبر أو ضـمّاً فماتت ضـمن الدیه[۱]. وکـذا الزوجه، وفی النهایه إن کانا مأمونین، لم یکن علیهما شیء، والروایه ضعیفه.

الشَرح:

ثمّ لا یخفی أنّ هذا کلّه فیما لم یکن عاده الشـخص المنقلب علی غیره، عدم الاستقرار حال النوم، وأمّا إذا کانت عادته کذلک، فنام عنـد نائم قبله ثمّ انقلب علیه حال نومه فقتله، فلا ینبغی الإشـکال فی أنّه ضامن لـدیته فی ماله، بل لو کان من قصده أن یقتله بذلک یستحقّ القصاص.

إذا أعنف الرجل بزوجته

[۱] وأمّا عدم ثبوت القصاص فلأنّه قصد الإتیان بفعل لا یقتل عاده والمفروض أنّه لم یقصد القتل.

وأمّا ثبوت الدیه فی ماله فإنّه قصد الفعل واتّفق موته بذلک الفعل المقصود فیکون علیه الدیه.

أضف إلی ذلک صـحیحه سـلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السـلام أنّه سـئل عن رجل أعنف علی امرأته فزعم أنّها ماتت من عنفه، فقال: «الدیه کامله، ولا یقتل الرّجل»(۱).

ومثلهـا روایـه زیـد، عن أبی جعفر علیه السـلام (۲) وحیـث إنّ الحکم الـوارد علی القاعـده یجری فیمـا کـان العنـف عن الزوجه بزوجها.

وکذا یجری فیما کان العنف موجباً للجنایه فی الأطراف والمنافع کما ورد ذلک فی المعتبره المرویه عن کتاب ظریف(۳).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۹ ، الباب ۳۱ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۹ ، الباب ۳۱ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۹ ، الباب ۳۱ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۳.

(الرابعه): من حمل على رأسه متاعاً فكسره، أو أصاب به إنساناً ضمن جنايته في ماله[١].

الشَرح:

وأمّا ما ورد في مرسله يونس، عن بعض أصحابه، عن أبي عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل أعنف على امرأته أو امرأه أعنفت على زوجها فقتل أحدهما الآخر؟ قال: «لا شيء عليهما إذا كانا مأمونين فإن اتّهما أُلزما اليمين باللّه أنّهما لم يريدا القتل»(١) فلا يوجب رفع اليد عما تقدّم؛ لأنّ قوله: حلفا أنّهما لم يريدا القتل، قرينه على أنّ المراد من نفي الشي، نفي القصاص.

أضف إلى ذلك ضعفها سنداً بالإرسال وعدم ثبوت توثيق لصالح بن سعيد الراوي عن يونس بن عبدالرحمن وكنيته أبو سعيد القماط.

من حمل متاعاً على رأسه فكسره

[١] قد روى المحمّدون الثلاثه بأسانيدهم، عن داود بن سرحان، عن أبي عبداللّه عليه السلام فيرجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب به إنساناً فمات أو انكسر منه، فقال: «هو ضامن»(٢) والسند على روايه الكليني والشيخ(٣) في أحد الموضعين فيه سهل بن زياد، وفي موضع آخر نقله باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن ابن أبي نصر، وكذا رواه الصدوق قدس سره بإسناده عن ابن أبي نصر(٤)، والسند على النقلين صحيح وظاهرها ضمان الحامل في ماله سواء كان المصاب إنساناً أو مالاً فتلف.

وقد روى أيضاً الصدوق قدس سره هذه الروايه باسناده إلى داود بن سرحان ولكن فيه

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٧٠ ، الباب ٣١ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۴.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢۴۴ ، الباب ١٠ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

٣- (٣) الكافي ٧ : ٣۵٠ ، الحديث ۵ ، والتهذيب ١٠ : ٢٣٠ ، الحديث ۴٢.

۴- (۴) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٢۵٨ ، الحديث ٣٩٣٢.

(الخامسه): من صاح ببالغ فمات، فلا دیه[۱]، أمّا لو کان مریضاً أو مجنوناً أو طفلاً، أو اغتفل البالغ الکامل، وفاجأه بالصیحه، لزمه الضمان. ولو قیل بالتسویه فی الضمان، کان حسناً؛ لأنّه سبب الإتلاف ظاهراً. وقال الشیخ: الدیه علی العاقله، وفیه إشکال، من حیث قَصَدَ الصائح إلی الإِخافه، فهو عمد الخطأ. وکذا البحث لو شهر سیفه فی وجه إنسان.

الشَرح:

أنّه قال: «هو مأمون»(۱)، ومقتضی هذه عدم الضمان علی الحامل لا فی تلف النفس ولا فی تلف المال، وبعد التساقط للمعارضه یرجع إلی مقتضی القاعده ومقتضاها فی الجنایه علی الإنسان کون الدیه علی العاقله؛ لأنّ الحامل لم یقصد الإصابه ولا القتل المترتّب علیه، فیکون القتل من الخطاء المحض فتضمن العاقله.

وأمّا بالإضافه إلی تلف المال فإن لم یکن من الحامل إفراط وکان مأموناً لا متّهماً فلیس علیه ضمان؛ لأنّ المال فی یده أمانه ترتّب علی حمله تلفه من غیر إفراط منه ویضمن مع إفراطه، کما إذا کان المال لثقله لم یمکن التحفظ علیه من الإصابه أو لم یکن یری قدّامه فی الطریق لکبر المحمول علی رأسه ونحو ذلک.

ویدلّ علی عدم الضمان فیما ذکر صحیحه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الجمّال یکسر الذی یحمل أو یهریقه، قال: «إن کان مأموناً فلیس علیه شیء، وإن کان غیر مأمون فهو ضامن»(۲).

من صاح ببالغ فمات

[۱] ذکر قدس سره أنّ من صاح بشخص بالغ فمات البالغ لا یتعلّق علی الصائح قود ولا دیه؛ لأنّ الصائح لم یقصد بصیحته قتله وأنّ الصیحه لا تکون فعلاً قاتلاً، فمن

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۱۱ ، الحدیث ۵۲۱۹.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۱۹ : ۱۵۰ ، الباب ۳۰ من أبواب الإجاره، الحدیث ۷.

....

الشَرح:

المحتمل أنّ موته عند صيحته أمر اتفاقى غير مستند إلى صيحته فاتّفق مقارنته معها، وهذا بخلاف من صاح بمريض أو ضعيف من طفل أو مجنون أو اغتفل البالغ العاقل فصاح به ففى مثل ذلك إذا مات يكون موته مستنداً إلى الصيحه، وحيث إنّ الصائح لم يقصد بها القتل ولا أنّها من الفعل القاتل عاده يكون عليه الديه فى ماله، ثمّ ذكر أنّه لو قيل بالتسويه أى ضمان الديه فى ماله حتّى فيما صاح ببالغ فمات كان حسناً؛ وذلك فإنّ موته عند صيحته كافٍ فى استناد موته إليها، وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أيّما رجل فزع رجلًا عن الجدار أو نفر به عن دابته فخرّ فمات فهو ضامن لديته وإن انكسر فهو ضامن لديه ما ينكسر منه»(۱).

وعن الشيخ قدس سره من أنّ الديه على عاقله الصائح(۲)، ولكن لا يخفى أنّه لا وجه لكون الديه على العاقله بعد صدور الفعل من الفاعل بالقصد، وبما أنّه لم يقصد الفاعل القتل ولا يكون الفعل قاتلًا عاده فيتمّ ملاك ضمان الجانى الديه فى ماله.

هذا فيما إذا أُحرز استناد الموت إلى الصيحه.

وأمّا إذا احتمل اتّفاق تقارن موته بسبب آخر معها فلا موجب للديه أيضاً.

وممّا ذكر ظهر أنّه لو شهر سيفه فى وجه إنسان ممّا يكون إخافه فمات فإنّه إذا كان بقصد قتله بإخافته يتعلّق عليه القود لتحقّق الموت به، وإن كان قصده مجرّد الإخافه مع أنّه ممّا لا يقتل عاده يكون عليه الديه إذا أُحرز استناد موته إلى فعله وإخافته، ومع عدم العلم وإحراز الاستناد فلا شيء عليه.

ولو فرّ الإنسان المفروض فألقى نفسه فى بئر فمات بالسقوط فى البئر أو ألقى نفسه من أعلى سقف فمات فلا يكون على من فزعه أو شهر سيفه ضمان؛ لأنّه هو

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۵۲ ، الباب ۱۵ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۵۸ ۱۵۹.

أمّا لو فرّ، فألقى نفسه فى بئر أو على سـقف، قال الشيخ: لا ضمان، لأنّه ألجأه إلى الهرب[١] لا إلى الوقوع، فهو المباشر لإِهلاك نفسه فيسـقط حكم التسبيب. وكذا لو صادفه فى هربه سَبُع فأكله. ولو كان المطلوب أعمى، ضمن الطالب ديته، لأنّه سبب ملجئ. وكذا لو كان مبصـراً، فوقع فيبئر لا يعلمها، أو انخسف به السـقف أو اضـطرّه إلى مضـيق فافترسه الأسد، لأنّه يفترس فى المضـيق غالباً.

(السادسه): إذا صدمه فمات المصدوم، فديته فى مال الصادم[٢]. الشَرح:

المباشر لإهلاك نفسه غايه الأمر من شهر سيفه أو فزعه يتعلّق الحد التعزيز به.

نعم، إذا كان المطلوب أعمى أو غافلاً عن البئر فألجأه إلى الهرب يتعلّق به الـديه، نظير ما إذا ألجأه بالـدخول فى مضـيق فافترسـه الأسد فإنّ الفعل فى كلّ ذلك وإن لم يكن بقصد القتل ولا ممّا يقتل عاده إلّا أنّ ترتّب الموت عليه بالسـقوط فى البئر والدخول فى المضيق يوجب الديه.

إذا صدم إنساناً فمات

[١] والمتحصّل أنّه إذا شـهر سـيفه على إنسان فألجأه إلى الفرار فإن كان فى إلقائه فى البئر وعـدمه مختاراً حيث كان له منـدوحه فإن قتله السـقوط فى البئر باختياره فلا ضـمان على شاهر السلاح. نعم، يستحقّ التعزير بفعله وفى الحقيقه الهارب قاتل نفسه بإلقاء نفسه فى البئر باختياره.

نعم، إذا لم يكن له منـدوحه أو كان أعمى بأن لا يرى البئر أو كان جاهلاً بالبئر فسـقطه فيه فألجأه إلى الهرب الجأ للازمه العادى أيضاً؛ ولمّا لم يكن قاصداً لقتله ولم يكن الفعل قاتلاً عاده فيتعلّق الديه بماله وإلّا يكون على شاهر السلاح القود.

وبهذا يظهر الحال فى سقوطه من السقف أو الدخول فى مضيق.

[٢] هـذا فيما إذا لم يقصـد الصادم قتل المصدوم ولا كون صدمه ممّا يقتل عاده، وإلّا تعلّق على الصادم القود كما تقدّم كما إذا كان صدمه على أرض تراب، وأيضاً تعلّق الديه فى الفرض الذى ذكرنا ما إذا أُحرز موت المصدوم بصدمه،

أمّا الصادم لو مات فهدر، إذا كان المصدوم فى ملكه، أو فى موضع مباح، أو فى طريق واسع. ولو كان فى طريق المسلمين ضيق، قيل: يضـمن المصدوم ديته، لأنّه فرّط بوقوفه فى موضع ليس له الوقوف فيه، كما إذا جلس فى الطريق الضيّق وعثر به إنسان. هذا إذا كان لا عن قصد. ولو كان قاصداً وله مندوحه، فدمه هدر، وعليه ضمان المصدوم.

(السابعه): إذا اصـطدم حرّان فماتا، فلورثه كلّ منهما نصف ديته ويسقط النصف وهو قدر نصيبه، لأنّ كلّ واحد منهما تَلِفَ بفعله وفعـل غيره. ويستوى فى ذلـك الفارسـان والراجلان والفارس والراجل، وعلى كلّ واحـد منهما نصف قيمه فرس الآخر إن تلف بالتصادم، ويقع التقاصّ فى الديه. وإن قصد القتل، فهو عمد. أمّا لو كانا صبيين والركوب منهما فنصف ديه كلّ واحد منهما على عـاقله الآخر. ولو أركبهما وليّهما، فالضـمان على عاقله الصبيين لأنّ له ذلك ولو أركبهما أجنبى، فضـمان ديه كلّ واحـد بتمامها على المركب. ولو كانـا عبـدين بالغين سـقطت جنايتهما، لأنّ نصـيب كلّ واحـد منهما هـدرٌ وما على صاحبه لأنّه فات بتلفه، ولا يضمن المولى.

ولو اصـطدم حرّان، فمات أحدهما فعلى ما قلناه، يضـمن الباقى نصف ديه التالف. وفى روايه عن أبى الحسن موسـى عليه السلام [۱]، يضمن الباقى ديه الميت.

الشَرح:

وإلّا يكون الأمر كما تقدّم فى الصيحه من الصائح عدم تعلّق القود والديه به، ولو فرض أنّ الصادم قد مات يكون دمه هدراً؛ لأنّه هو الذى قتل نفسه وكون المصدوم أو وقوفه وإن كان دخيلاً فى تحقّقه إلّا أنّ الاستناد يكون إلى الصادم.

إذا اصطدم حرّان فماتا

[۱] قيّد فى الجواهر(۱) الفرض بما إذا كان الفارسان قاصدين الاصطدام فإنّه فى

۱- (۱) جواهر الكلام ۴۳ : ۶۸.

....

الشَرح:

هـذا الفرض إذا ماتا يكون على كلّ منهما نصف ديه الآخر؛ لأنّ كلّ منهما قـد مات بفعل نفسه وفعل غيره فبالإضافه إلى نصـف ديته دمه هـدر، وبالإضافه إلى نصـفها الآخر تكون على الآخر، ففى النتيجه يقع التقاصّ فى الـديتين، فإذا كانا متساويين فى الديه فتسقط الديه عن كلّ منهما، ومع الاختلاف يكون فاضل ديه المقتول فى مال الآخر.

وأمّا إذا لم يقصدا الاصـطدام واتّفق الاصـطدام تكون نصف ديه كلّ منهما على عاقله الآخر كما إذا كان أحدهما قاصداً له دون الآخر يكون على كلّ منهما حكمه هذا بالإضافه إلى موت الراكبين.

وأمّـا إذا تلف المركبـان أيضـاً يكون على كـلّ من الراكبين ضـمان نصف قيمه مركب الآخر، بلا فرق بين قصـدهما الاصـطدام وعدمه أو اختلافهما؛ لأنّ العاقله لا تضمن تلف المركب.

أقول: فى تعلّق الـديه بالراكبين لا يعتبر قصـدهما الاصـطدام مطلقاً، وكما أنّ فى مورد القصاص لا يعتبر قصد القتل مطلقاً، بل إذا كـان الفعـل قاتله عاده يحسب القتل عمـدياً، كـذلك فى مورد تعلّق الـديه على الجانى لا يعتبر قصـد الفعل الـذى لا يكون قاتلاً عاده، بل إذا قصـد الإتيان بفعل يترتّب عليه عاده الفعل الذى لا يكون قاتلاً عاده بمنزله قصده فيحسب الجنايه شبه العمد، فسوق دابته بسرعه فى طريق ضـيّق يوجب سوقه كـذلك ممّـا يـترتّب عليه الاصـطدام بمركب آخر فى ذلـك الطريق فهو بمنزله قصـد الاصطدام.

وقد ظهر ممّا ذكر فى الفرض من ضـمان كلّ منهما نصف ديه الآخر حكم ما إذا كان فعل الآخر أيضاً موجباً للاصـطدام عرفاً أو قاصـداً للاصـطدام، وإلاّ فلا وجه لضـمان الآخر بـل يكون على المتعـدّى ومن يستند إليه التلف كمـا تقـدّم فى مسأله الصادم والمصدوم.

والروایه شاذه[۱]. ولو تصادم حاملان سقط نصف دیه کلّ واحده، وضَمِنت نصف دیه الأخری. أمّا الجنین فیثبت فی مال کلّ واحده، نصف دیه جنین کامل.

(الثامنه): إذا مرّ بین الرماه، فأصابه سهم، فالدیه علی عاقله الرامی.[۲] ولو ثبت أنّه قال: حذارِ لم یضمن، لما روی: أنّ صبیّاً دقّ رباعیه صاحبه یخطره، الشَرح:

وممّا ذکر یظهر الحال فی المسأله المبتلی بها فی عصرنا الحاضر من تصادم السیارات فی الطرق والشوارع وأنّ الملاک فی الضمان وعدمه فیها علی غرار ماتقدّم من الاستناد إلی کلا الطرفین أو أحدهما أو کون الفعل من أحدهما تسبیباً فی التلف أو کونه مباشراً.

[۱] بل ضعیفه سنداً لوقوع صالح بن عقبه(۱) فیه مع احتمال حملها علی ما إذا کان استناد القتل إلی الباقی لضعف الاصطدام من طرف المیت.

ولو تصادم الحاملان فأسقطتا الجنینین وماتا بحیث استند إسقاطهما وموتهما إلیهما معاً تثبت علی کلّ منهما نصف دیه الأُخری؛ لأنّ موت کلّ منهما مستند إلی نفسه وغیره فیکون علی منهما نصف دیه الأُخری، وأمّا ضمانهما بالإضافه إلی الجنینین فکلّ منهما تضمن نصف دیه جنینها ونصف دیه جنین الأُخری فیکون علی کلّ منهما دیه جنین کامل هذا، وأمّا بالإضافه إلی الکفاره فیکون علی کلّ منهما أربع کفّارات لقتل نفسها وقتل الأُخری وإسقاط جنینها وإسقاط جنین الأُخری حیث لا یلزم فی ترتّب الکفّاره المستقلّه کون الجانی مستقلاًّ فی الجنایه، بل تثبت الکفّاره المستقلّه علی الجانی فی صوره الاشتراک فی الجنایه أیضاً.

إذا مرّ شخص بین الرماه فأصابه

[۲] والوجه فی ذلک ظاهر فیما إذا لم یکن جانب الرمی فی معرض المرور

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۱ ، الباب ۲۵ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

فرفع ذلك إلى على عليه السلام ، فأقام بيّنه أنّه قال: حذارِ، فدرأ عنه القصاص، وقال: قد أعذر من حذّر. ولو كان مع المارّ صبى، فقرّبه من طريق السهم لا قصداً فأصابه، فالضمان على من قرّبه لا على الرامى، لأنّه عرّضه للتلف، وفيه تردد.

الشَرح:

بحيث لا يحتمل إصابه المارّ فيكون القتل من الخطأ المحض فيضمن عاقله الرامى.

نعم، لو أعلن الرامى بالحال وحذّر المارّ منه وأصاب المارّ اتّفاقاً مع غير علم الرامى بمروره فالظاهر أنّه لا ضمان لا على الرامى ولاـ على عاقلته، فإنّ مع علم المارّ بالحال يكون مروره من جعل نفسه فى معرض التلف بحيث يستند التلف إلى نفسه لا إلى الرامى ليكون ضمانه عليه أو عاقلته، كما ورد ذلك فى روايه أبى الصباح عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كان صبيان فى زمان على عليه السلام يلعبون بأخطار لهم، فرمى أحدهم بخطره فدقّ رباعيه صاحبه، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأقام الرامى البيّنه بأنّه قال: حذار فدرأ عنه القصاص، ثمّ قال: قد أعذر من حذّر(۱). والوارد فيها وإن كان نفى القصاص وغير البالغ لا يتعلّق به القصاص والضمان بل يكون جنايته على عاقلته إلّا أنّه يمكن أن يكون الرامى بالغاً والتعليل بأنّه قد أعذر من حذّر كنايه على عدم ترتّب شىء على فعل المنذر إلّا أنّ الروايه ضعيفه سنداً لتردّد محمّد بن الفضيل بين الثقه وغيره ولكن تصلح للتأييد.

ولو كان المارّ قرّب صبيّاً من طريق السهم بحيث أصابه السهم فقتله فإن كان عالماً برمى الرامى وأنّه قد يصيبه يكون شريكاً فى قتله مع الرامى ومع عدم علمه به وبكون فعله موجباً لذلك تكون الديه فى ماله لا على عاقلته.

وأمّا الرامى فإن كان يحتمل إصابه رميه إلى مارّ اتفاقاً فالديه أى نصفها فى ماله، وإن كان غافلًا عن ذلك رأساً فعلى عاقلته، وما عن الماتن من كون الضمان بتمام الديه على من قرّبه ثمّ تردّده فى ذلك لا وجه له فإن المورد من موارد الاشتراك فى القتل.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۶۹ ، الباب ۲۶ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

(التاسعه): روی السكونی عن أبی عبداللّه علیه السلام : أنّ علیّاً علیه السلام ، ضمن ختّاناً قطع حشفه غلام[۱]، والروایه مناسبه للمذهب.

(العاشره): لو وقع من علو علی غیره فقتله، فإن قصد قتله وكان الوقوع ممّا یقتل غالباً، فهو قاتل عمداً[۲]. وإن كان لا یقتل غالباً فهو شبیه بالعمد یلزمه الدیه فی ماله. وإن وقع مضطرّاً إلی الوقوع، أو قصد الوقوع لغیر ذلک، فهو خطأ محض والدیه فیه علی العاقله. أمّا لو ألقاه الهواء أو زلق فلا ضمان، والواقع هدر علی التقدیرات.

الشَرح:

فی ضمان الختّان إذا قطع حشفه

[۱] إذا ترتّب موت الصبی علی قطع حشفته والفرض أنّه لم یقصد الختّان موته و لا ـ كونه ممّا یقتل عاده یكون قتله غیر عمد وحیث إنّ قطعها كان بالقصد فیكون القتل من شبه العمد؛ ولذا لو لم یكن فی البین معتبره السكونی، عن جعفر، عن أبیه أنّ علیّاً علیه السلام ضمّن ختّاناً قطع حشفه غلام(۱)، كان الحكم كما فی المعتبره ولا فرق فی الضمان بین كونه حاذقاً أم لا؛ ولذا ذكر الماتن وغیره مع كون الروایه ضعیفه عندهم سنداً بأنّ الحكم مناسباً للمذهب.

نعم، لو تبرأ الختّان من ضمانه من ولیّ الطفل لم یكن شیء علیه لما تقدّم فی معتبره السكونی الأُخری: «من تطبّب أو تبیطر فلیأخذ البراءه من ولیّه وإلاّ فهو له ضامن»(۲).

لو وقع من علوّ علی غیره فقتله

[۲] قد تقدّم أنّ المیزان فی القتل عمداً الموجب للقود ما إذا قصد الفاعل

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۰ ، الباب ۲۴ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۶۰ ، الباب ۲۴ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

بفعله القتل وإن لم يكن قاتلًا عاده أو كونه قاتلًا عاده وإن لم يقصد القتل، وعلى ذلك فإن قصد الواقع بوقوعه على آخر قتله أو كون فعله أى وقوعه بحيث يكون قاتلًا يتعلّق عليه القود.

وأمّا إذا وقع على الغير بالقصد ولكن لم يكن قاصداً للقتل ولم يكن وقوعه عليه قاتلًا عاده كما إذا كان من مكان غير مرتفع فمع اتّفاق قتله يكون الديه فى ماله حيث إنّه من القتل شبه العمد.

وأمّا إذا لم يقصد الوقوع عليه بل قصد الوقوع على شىء آخر فاتفق الوقوع عليه فمات من وقع عليه فالديه على عاقلته حيث إنّه قصد فعلًا آخر فاتّفق الفعل المفروض الذى ترتّب عليه القتل كما إذا رمى طائراً فأخطأ فأصاب إنساناً.

وما فى عباره الماتن قدس سره : ولو وقع مضطراً إلى الوقوع أو قصد الوقوع لغير ذلك، فيه ما لا ـ يخفى فإنّه لو كان المراد بالاضطرار أنّه كان قاصداً الوقوع عليه ولكن كان وقوعه لاضطراره فلا وجه لكون ضمانه على العاقله، وإن كان المراد بالاضطرار النافى للقصد بأن لم يقصد وقوعه عليه بل كان قصده الفرار والوقوع على غيره فالضمان وإن يكون على العاقله إلّا أنّه لا وجه لعطف قصد الوقوع لغير ذلك على الاضطرار إلى الوقوع ب (أو) العاطفه.

وأمّا إذا لم يقصد الوقوع أصلًا بل أطاره الهواء العاصفه فألقاه أو زلقت رجله على الصعود فى الدرج ونحوه فسقط فوقع على شخص فلا يكون عليه ضمان موته؛ لأنّه لم يقصد الفعل أصلًا لا الوقوع على الإنسان ولا الوقوع على شىء كما يشهد لذلك عده روايات.

منها صحيحه عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وقع على

ولو دفعه دافع، فديه المدفوع لو مات على الدافع. أمّا ديه الأسفل، فالأصل أنّها على الدافع[١] أيضاً. وفى النهايه ديته على الواقع، ويرجع بها على الدافع، وهى روايه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام .

الشَرح:

رجل فقتله فقال: «ليس عليه شىء»(١) وصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام قال: فى الرّجل يسقط على الرّجل فيقتله فقال: لا شىء عليه، وقال: من قتله القصاص فلا ديه له(٢). ونحوها غيرها.

ولو دافع الواقع عليه فألقاه عن نفسه دفاعاً فمات الواقع فلا شىء على الأسفل، وفى موثّقه ابن بكير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يقع على رجل فيقتله فمات الأعلى، قال: «لا شىء على الأسفل»(٣).

ولا يبعد أن يكون المراد بالأخيره دفع الأسفل الواقع دفاعاً عن نفسه فاتّفق موته فإنّ الدافع عن نفسه لا يكون عليه شىء.

[١] كون مقتضى القاعده ما ذكره الماتن من أنّ ديه المدفوع وديه المدفوع عليه على الدافع فى فرض عدم قصد الدافع القتل وعدم كونه قاتلاً عاده لاستناد تلفها فى هذا الفرض إلى الدافع وهذا هو المشهور بين الأصحاب.

ولكن مقتضى صحيحه عبداللّه بن سنان كون ديه المدفوع على الدافع وديه المدفوع عليه على المدفوع ولكن يرجع المدفوع بها إلى الدافع فإنّه روى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، قال: الديه على الذى وقع على الرجل فقتله لأولياء المقتول، قال: ويرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه، قال وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً(۴). ولكن ظاهر الصحيحه فرض عدم

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ۵۶ ، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ۵۶ - ۵٧ ، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ۵٧ ، الباب ٢٠ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٣٨ ، الباب ۵ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

(الحادیه عشره): روی أبو جمیله[۱]، عن سعد الإسکاف، عن الأصبغ قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی جاریه رَکِبت أُخری فنخستها ثالثه فقمصت المرکوبه، فصرعت الراکبه فماتت: أنّ دیتها نصفان علی الناخسه والمنخوسه. وأبو جمیله ضعیف، فلا استناد إلی نقله. وفی «المقنعه» علی الناخسه والقامصه ثُلُثا الدیه، ویسقط الثلث لرکوبها عبثاً وهذا وجه حسن. وخرّج متأخر وجهاً ثالثاً، فأوجب الدیه علی الناخسه إن کانت ملجئه للقامصه. وإن لم تکن ملجئه، فالدیه علی القامصه وهو وجه أیضاً، غیر أنّ المشهور بین الأصحاب هوالأول.

الشَرح:

موت المدفوع والتعدی إلی صوره تلفه أیضاً لعدم احتمال الفرق فی الحکم خصوصاً بملاحظه ما فی ذیلها من قوله علیه السلام وإن أصاب المدفوع شیء فهو علی الدافع أیضاً.

فی جاریه رکبت أُخری فنخستها ثالثه فقمصت المرکوبه

[۱] روی الروایه الشیخ قدس سره بإسناده عن محمّد بن أحمد بن یحیی، عن أبیعبداللّه، عن محمّد بن عبداللّه بن مهران، عن عمرو بن عثمان، عن أبی جمیله، عن سعد الإسکاف(۱)، وأبو عبداللّه الرازی ومحمّد بن عبداللّه مهران ضعیفان، وأبو جمیله وهو مفضل بن صالح أمره فی الضعف ظاهر، ومقتضی ما تقدّم فی موجب الضمان أنّ النخس من الثالثه بحیث کان قمص المرکوبه بلا اختیار ومن الأمر القهری فضمان تمام الدیه علی الثالثه أی الناخسه.

وأمّا لو کان أمراً اختیاریاً فالضمان علی المنخوسه، والروایه لضعفها لا یمکن الاعتماد علیها ولم یثبت عمل المشهور بها، ورواها الصدوق أیضاً عن عمرو بن عثمان(۲)، وسنده إلیه غیر مذکور ویکفی فی عدم الاعتماد ضعف أبی جمیله، وروی المفید فی الإرشاد أنّ علیاً علیه السلام رفع إلیه خبر جاریه حملت جاریه علی

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۲۴۱ ، الحدیث ۱۰.

۲- (۲) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۶۹ - ۱۷۰ ، الحدیث ۵۳۸۸.

....

الشَرح:

عاتقها عبثاً ولعباً فجاءت جاريه أُخرى فقرصت الحامله فقفزت لقرصتها فوقعت الراكبه فاندقّت عنقها وهلكت فقضى على عليه السلام على القارصه بثلث الديه، وعلى القامصه بثلثها، وأسقط الثلث الباقى بقموص الراكبه لركوب الواقعه عبثاً القامصه، فبلغ النبى صلى الله عليه و آله فأمضاه(۱). فهذه أيضاً مرسله ومخالفه للقاعده إذ العبث واللعب لا يوجب سقوط الضمان عمّن أصابه وجنى عليه عمداً أو خطاءً، واللّه العالم.

۱- (۱) الإرشاد ۱ : ۱۹۶.

البحث الثانی: فی التسبیب

اشاره

ملاک التسبیب

[۱] ما ذکر قدس سره من ملاک التسبیب الموجب للضمان غیر تامّ؛ لما یأتی فی المسائل الآتیه بأنّ فعل مطلق مالولاه لمّا حصل التلف لا یوجب ضمان الدیه؛ ولذا لابدّ فی بیان الموضوع لضمان الدیه من ملاحظه الأدلّه الوارده، ثمّ إلحاق الموارد التی لم یرد فیها دلیل خاصّ بأن لم یکن بین مورد النصّ وغیره فرق بحسب المفروض فی الأوّل أو کان فی المورد الأوّل تعلیل فی الحکم یجری فی الثانی أیضاً فیلحق الثانی بالأوّل، وإلاّ فلابدّ من ملاحظه استناد الموت إلی فاعل ما یطلق علیه السبب فإن کان الموت مستنداً إلیه بحیث یصدق حقیقهً أنّ فاعله قتله فهو، وإلاّ ـ فلا موضوع للضمان؛ ولذا ذکر الماتن قدس سره فی بیان الأسباب الموجبه للضمان مسائل:

لو وضع حجراً فی ملکه أو مکان مباح

لو وضع حجراً فی ملکه أو مکان مباح یجوز له التصرف فیه بذلک لم یضمن دیه العاثر، سواء کان عثاره بذلک موجباً للجرح أو الموت، ولکن لو وضعه فیملک غیره أو فی طریق مسلوک ضمن الدیه فی ماله، وکذا لو نصب سکیناً فمات العاثر بها أو حفر بئراً أو ألقی حجراً فإنّ وضع ذلک فی ملک غیره أو فی طریق مسلوک یوجب الضمان فی ماله.

ولو حفر فی ملک غیره، فرضی المالک، سقط الضمان عن الحافر. ولو حفر فی الطریق المسلوک لمصلحه المسلمین، قیل: لا یضمن، لأنّ الحفر لذلک سائغ، وهو حسن.

الشَرح:

ویدلّ علی ما ذکر صحیحه زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قلت له: رجل حفر بئراً فی غیر ملکه فمرّ علیها رجل فوقع فیها، فقال: «علیه الضمان لأنّ کلّ من حفر فی غیر ملکه کان علیه الضمان»(۱) وموثقه سماعه قال: سألته عن الرجل یحفر البئر فی داره أو فی أرضه فقال: «أمّا ما حفر فی ملکه فلیس علیه ضمان، وأمّا ما حفر فی الطریق أو فی غیر ما یملک فهو ضامن لما یسقط فیه»(۲) وفی صحیحه زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «لو أن رجلاً حفر بئراً فی داره ثمّ دخل رجل فوقع فیها لم یکن علیه شیء ولا ضمان ولکن لیغطّها»(۳) وصحیحه أبی الصباح الکنانی قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «من أضرّ بشی من طریق المسلمین فهو له ضامن»(۴) وصحیحه الحلبی قال: سألته عن الشییوضع علی الطریق فتمرّ الدابه فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: «کل شیء یضرّ بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»(۵).

ومعتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «من أخرج میزاباً أو کنیفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو حفر شیئاً فی طریق المسلمین فأصاب شیئاً فعطب فهو له ضامن»(۶).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۱ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۱ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۳.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۲ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۴.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۱ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۵- (۵) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۳ ، الباب ۹ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

۶- (۶) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۵ ، الباب ۱۱ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

ینبغی التعرض فی المقام لأُمور:

الأوّل: أنّ الضـمان علی الحـافر والواضع فی ملـک غیره أو طریق المسـلمین ما إذا لم یکن بعنوان الإحسان علی المالک ورعایه صلاح المسـلمین، کما إذا اسـتولی السـیل علی ملک الغیر أو طریق المسـلمین ووضع شخص أحجاراً فی ملکه أو طریقهم لعبور أهله أو عبور المسلمین وعثر واحد بذلک فمات أو جرح فإنّه لا یکون بذلک ضمان علی الواضع، وکذا ما لو حفر بئراً فی طریق المسـلمین لنزول مـاء الطریق فی ذلک البئر، وکلّ ذلک لتقییـد الضـمان فی صـحیحه الحلبی المتقـدّمه، وکـذا فی صـحیحه أبی الصباح الکنانی بفعل ما یضرّ فی طریق المسلمین.

الثـانی: مـا إذا کان الحفر والوضع فی ملکه والحکم بعـدم ضـمان الحافر والواضع ما إذا کان وقوع الواقع بالعثار به، وأمّا إذا کان ذلـک لغفله الـداخل عن البئر والحجر کمـا إذا أدخله المالـک ملکه مع غفلته عن الحـال لظلمه أو عمی فلاـ یبعـد الضـمان علی المالـک، وأمّا ما ورد فی موثقه أبیبصـیر، عن أبی جعفر علیه السـلام قال: سألته عن غلام دخل دار قوم یلعب فوقع فی بئرهم هل یضـمنون؟ قال: «لیس یضمنون، فإن کانوا متّهمین ضمنوا»(۱) فظاهرها أنّ ضـمانهم بشرائط الدعوی علیهم بأنّ أهل الدار أوقعوه فی البئر فیحتاج إلی الإثبات.

الثالث: إذا وقع فی البئر لا بالعثار بل لکسـر غطائه بالمرور علیه اتّفاقاً یکون دمه هـدراً، سواء کان البئر فی طریق المسـلمین أو فی ملک مباح أو مملوک للغیر فیما لم یکن الکسـر لعـدم المبالاه من الحافر کما إذا کان حفره قـدیماً فضـعف الغطاء بمرور الأیام، بخلاـف مـا إذا کـان لترک مبالاـه الحـافر وکونه فی معرض المرور علیه فـإنّه لاـ یبعـد کونه موجباً للضـمان. وما ورد فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال:

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۵ ، الباب ۱۸ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

(الثانيه): لو بنى مسجداً فى الطريق، قيل إن كان بإذن الإِمام عليه السلام ، لم يضمن ما يتلف بسببه[۱]، والأقرب استبعاد الفرض.

الشَرح:

قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار(۱)» ظاهرها صوره موت الشخص بدخوله فى البئر لحفره أو لغيره فمات بخرابه فإنّه يكون دمه هدراً، كما فى ركوب الدّابه والدخول فى المعدن لإصلاحه أو حفره ولا ترتبط بما إذا سقط فى البئر بالعثار ونحوه مع كون حافره غيره.

لو بنى مسجداً فى الطريق

[۱] ذكر قدس سره أنّه لو بنى المسجد فى طريق الناس وكان ذلك موجباً لتلف العابرين نفساً أو عضواً أو مالاً فإن كان ذلك بإذن الإمام عليه السلام لم يضمن البانى، وتعليقه عدم الضمان على ما ذكره مقتضاه أنّه يضمن إذا لم يكن بإذنه، والوجه فى ذلك ما تقدّم فى صحيحه أبى الصباح وغيره من أنّ: «من أضرّ بشى من طريق المسلمين فهو له ضامن»(۲) وبما أنّ الإمام عليه السلام لا يأذن بالتصرّف فى طريق المسلمين بما يضرّهم ذكر قدس سره والأقرب استبعاد الفرض.

ولا يخفى أنّ الطريق النافذ المسمّى بالشارع العام، سواء كان صيرورته طريقاً نافذاً بالاستطراق والتردّد كثيراً فى الأرض الموات أو بوقف شخص أو أشخاص ملكهم شارعاً عامّاً وسبيلاً لسلوك عامّه الناس أو بإحياء الناس أرضاً مواتاً وتركهم منها طريقاً نافذاً بين أملاكهم التى صارت لهم بالإحياء، لا يجوز التصرّف فيها بتصرف يضرّ بالمارّه، وهذا ممّا لا يأذن فيه الإمام عليه السلام فإنّه ولىّ المسلمين لا يأذن إلّا فيما كان صلاحهم لا فيما يضرّهم.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۷۱ ، الباب ۳۲ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۴۱ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

(الثالثه): لو سلَّم ولده لمعلم السباحه فغرق بالتفريط[۱]، ضمنه فى ماله، لأنّه تلف بسببه. ولو كان بالغاً رشيداً، لم يضمن لأنّ التفريط منه.

(الرابعه): لو رمى عشرةٌ بالمنجنيق، فقتل الحجر أحدهم[۲]، سقط نصيبه

الشَرح:

نعم، إذا صار الطريق متروكاً بحيث صارت مجرّد أرض خربه، يجوز التصرّف فيها، سواء كان التصرّف تصرّفاً فيه صلاح عامّه الناس، كما إذا كانت طريقاً موقوفاً أو صلاحاً خاصّاً كما إذا كانت فى أصلها طريقاً بالاستطراق والتردّد كثيراً فلا بأس بذلك، كما لا بأس بالتصرّف فى طرفى الطريق النافذ بالإحياء إذا كانت أحد طرفيه أو كلا طرفيه أرضاً مواتاً لم تدخل فى الاستطراق.

لو سلّم ولده لمعلم السباحه فغرق

[۱] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا كان الغرق مستنداً إلى التفريط فإن كان الولد صغيراً يستند الغرق إلى المعلم فيكون عليه الضمان، بخلاف ما إذا كان الولد بالغاً فإنّه يكون التفريط مستنداً إلى البالغ نفسه فلا يضمن المعلّم شيئاً.

وربّما يعلّل استناد التفريط إلى المعلّم بأنّه إذا كان الولد صبيّاً استلمه من وليّه يجب عليه المحافظه على الصبى فإن قصّر يحسب هذا تعدّياً.

ولكن الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين الصبى والبالغ المحتاج إلى المحافظه ولو لعدم تعلّمه السباحه بوجه يطمئن به، وأمّا إذا لم يكن من ناحيه المعلّم تقصير فاتّفق الموت بحيث لا يستند إلى المعلّم فلا موجب لضمانه من غير فرق بين الصبى والبالغ، وقد تقدّم فى ضمان الطبيب أيضاً أنّه لو لم يستند موت المريض إلى علاجه بل إلى مرضه فلا ضمان للطبيب أيضاً.

لو رمى عشره بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم

[۲] ذكر قدس سره أنّه لو رمى عشره أشخاص حجراً بالمنجنيق فسقط الحجر على

من الـديه لمشاركته، وضـمن الباقون تسـعه أعشار الـديه. وتتعلق الجنايه بمن يمدّ الحبال، دون من أمسك الخشب أو ساعد بغير المـدّ. ولو قصـدوا أجنبيّاً بالرمى، كان عمداً موجباً للقصاص. ولو لم يقصدوه، كان خطأً. وفى النهايه إذا اشترک فى هدم الحائط ثلاثه، فوقع على أحدهم، ضمن الآخران ديته؛ لأنّ كلّ واحد ضامن لصاحبه، وفى الروايه بُعد، والأشبه الأوّل.

الشَرح:

أحـدهم فمات تكون الـديه مقسـطاً على عاقله التسـعه الباقيه بعـد سـقوط عشـر الديه سـهم المقتول؛ لأنّه قتل بفعل نفسه مع فعل التسعه الباقيه، وحيث إنّهم لم يقصـدوا الفعل الواقع، بل المقصود لهم رمى الحجر يكون القتل الواقع من الخطأ المحض كما إذا رمى طيراً فانحرفت الرميه فأصاب إنساناً.

ونظير ذلک ما إذا اشترک ثلاثه فى هـدم حائط فوقع الحائط على أحـدهم اتّفاقاً فمات فإنّه يسـقط عن الـديه ثلثها، وتثبت ثلثاها على عاقله الباقين لوقوع القتل بفعل وقع باشتراک الثلاثه.

ولكنّ المحكى(۱) عن نهـايه الشـيخ أنّه لو اشترک ثلاـثه فى هـدم حائط فوقع على أحـدهم فمات فـديته على الآخرين الباقيين، وعلّله بأنّ كلّ واحـد من المشتركين فى فعل ترتب قتل أحدهم عليه اتّفاقاً يكون الضـمان على صاحب المقتول، وعلى ذلک فلو اشترک اثنان فى فعل ترتّب عليه قتل أحدهما اتّفاقاً يكون ضمان تمام ديته على صاحبه الحىّ.

والظاهر أنّ المسـتند لما ذكره فى النهايه روايه أبى بصـير، عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى حائط اشترک فى هدمه ثلاثه نفر فوقع على واحد منهم فمات فضمّن الباقيين ديته؛ لأنّ كلّ واحد منهما

۱- (۱) حكاه العلامه فى المختلف ۹ : ۳۳۹ ، والنهايه : ۷۶۴.

....

الشَرح:

ضامن لصاحبه»(۱).

ولكنّ الروايه وإن رواها المشايخ(۲) الثلاثه إلاّ أنّ السند ينتهى إلى على بن أبى حمزه، عن أبى بصير ولضعف الروايه سنداً لا يمكن الاعتماد عليها مضافاً إلى كونها مخالفه للقاعده وغير معمول بها عند المشهور.

ولا يخفى أنّ ما تعارف فى زماننا من أنّ القضاه يجعلون ديه المقتول الأجير على مستأجره فلا يرجع إلى شىء يطابق الشرع.

نعم، لو شرط فى عقد الإجاره أنّه لو مات عند العمل بالإجاره أحدهم يتحمّل المستأجر الديه عن عاقله الباقين أو عنهما فى موارد شبه العمد صحّ فإنّه من شرط أداء الدين على الآخر، وأمّا شرط الضمان فلا يصحّ فإنّه من ضمان ما لم يجب بل كونه على خلاف الشرع حيث إنّ ضمان الديه على القاتل أو عاقلته شرعاً، ولا تبطل الإجاره فى الفرض لو استؤجروا على نفس الهدم مجموعاً، ثمّ إنّ ضمان ديه المقتول كلاًّ أو بإسقاط سهم المقتول من الديه فى ما إذا استند موته إلى فعل الجميع، وأمّا إذا استند إلى فعل الباقيين فقط ضمن الباقيان تمام ديته، كما أنّه إذا استند إلى فعل نفسه من دون أن يكون فعل الباقيين دخيلاً فيه لا يكون فى البين موجب ضمان.

وممّا ذكر يظهرأنّ من يعمل فى هدم حائط فوقع عليه الحائط لا يكون فى دمه ضمان ولو شرط فى عقد استيجاره أنّه لو تلف فعلى المستأجر إعطاء ديته لا يكون الشرط نافذاً إذا مات أثناء العمل؛ لأنّ مع موته كذلك تبطل إجارته لعدم تمكّنه من العمل بعقد الإجاره فيبطل الشرط التابع للقصد أيضاً حتّى إذا كان الشرط من قبيل شرط الفعل فلا يستحق الميت إلاّ أُجره المثل لعمله فتدفع إلى أوليائه.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۳۶ ، الباب ۳ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

۲- (۲) الكافى ۷ : ۲۸۴ ، الحديث ۸ ، والفقيه ۴ : ۱۵۹ ، الحديث ۵۳۶۱. والتهذيب ۱۰ : ۲۴۱ ، الحديث ۸.

(الخامسه): لو اصطدمت سفينتان بتفريط القيّمين وهما مالكان فلكلّ منهما[۱] على صاحبه نصف قيمه ما أتلف صاحبه. وكذا لو اصطدم الحمّالان، فأتلفا أو أتلف أحدهما. ولو كانا غير مالكين، ضمن كلّ واحدٍ منهما، نصف السفينتين وما فيهما، لأنّ التلف منهما، والضمان فى أموالهما، سواء كان التالف مالاً أو نفوساً. ولو لم يفرّطا بأن غلبتهما الرياح، فلا ضمان.

ولا يضمن صاحب السفينه الواقفه، إذا وقعت عليها أُخرى[۲]، ويضمن صاحب الواقعه لو فرّط.

الشَرح:

لو اصطدمت سفينتان

[۱] ذكر قدس سره أنّه لو اصطدمت سفينتان بتفريط القيّمين والفرض أنّ كلًّا منهما يملك سفينته التى اصطدمت بالأُخرى، والمراد بالتفريط أن يحصل الاصطدام بفعلهما لا ما إذا كان ناشئاً من طغيان الماء دفعه أو هبوب الرياح الشديده اتّفاقاً حيث إنّ مع هذا الأمر الاصطدام الحاصل يعتبر من قضاء اللّه وقدره فلا موجب للضمان، بخلاف ما إذا استند إلى فعلهما فإنّه إن كان القيّمان مالكين كلّ منهما سفينته فيضمن كلّ نصف ما أتلف من صاحبه؛ لأنّ التلف حصل بفعلهما فيكون الضمان بالإضافه إلى ما يستند إلى فعله وهو نصف ما للآخر، وأمّا إذا كانتا للغير فيكون استقرار ضمان ماتلف على المالكين عليها، ولكن لكلّ من المالكين أن يرجع إلى القيّم لسفينته لكونه خارجاً عن الأمين بتفريطه فإن أخذ تمام ما تلف عليه من قيّم سفينته يرجع القيم فى نصفه إلى قيم السفينه الأُخرى؛ لأنّ التلف بفعلهما، وكذا الحال فى ما إذا اصطدم الحمّالان، وهذا كلّه بالإضافه إلى تلف المال من نقص السفينه أو المال الذى كان فيها، وأمّا بالإضافه إلى تلف النفس أو العضو تكون الديه من مالهما أو مال عاقلتهما أيضاً بالمناصفه حيث إنّ الجنايه حصلت بفعلهما جميعاً.

[۲] إذا وقعت سفينه حال سيرها على الواقفه فتلف من الواقعه شىء لا يضمن

ص: ۹۴

(السادسه): لو أصلح سفينهً وهی سائره[۱]، أو أبدل لوحاً فغرقت بفعله، مثل أن يُسمِرَ مسماراً فقلع لوحاً، أو أراد ردم موضع فانهتک، نهوضاً من فی ماله ما يتلف من مال أو نفس، لأنّه شبيه بالعمد.

(السابعه): لا يضمن صاحب الحائط ما يتلف بوقوعه، إذا کان فی ملکه أو مکان مباح. وکذا لو وقع إلی الطريق[۲]، فمات إنسان بغباره ولو بناه مائلاً إلی غير ملکه ضمن، کما لو بناه فی غير ملکه ولو بناه فی ملکه مستوياً فمال إلی الطريق أو إلی غير ملکه، ضمن إن تمکّن من الإزاله. ولو وقع قبل التمکّن،

الشَرح:

صاحب الواقفه إذ لا يستند التلف إلی الواقفه، بل إذا تلف من الواقفه شیء يکون الضمان علی صاحب الواقعه إذا کان منه تفريط، وإلّا فکما إذا وقعت علی الواقفه بغلبه الرياح أو طغيان الماء يحسب التلف من قضاء اللّه وقدره علی ما تقدّم.

لو أصلح سفينه وهی سائره فغرقت

[۱] لو أراد إصلاح سفينه حال سيرها فقلع منها اللوح وترتّب علی القلع غرقها يکون المصلّح ضامناً، کما إذا سمر فيها مسماراً فأدّی إلی قلع لوحه منها أو أراد سدّ موضع الخرق منها فانهتک الموضع فأدّی إلی غرقها الموجب لتلف المال والنفس فيکون ضامناً لتلف المال حيث إنّ التلف مستند إلی فعله، ويدلّ عليه ما ورد فی ضمان الصانع إذا أراد إصلاح شیء فأفسده(۱) کما يکون ضامناً لديه النفس الغارقه؛ لأنّ تلف النفس مستند إليه ويحسب شبه العمد؛ لأنّه قد فعل ما قد يترتّب عليه التلف ولکن من غير قصده وإلّا يکون عليه مع قصد التلف القود.

لا يضمن صاحب الحائط ما يتلف بوقوعه

[۲] عدم الضمان فيما إذا بنی الحائط فی ملکه أو فی مکان مباح فتلف بوقوعه

ص: ۹۵

۱- (۱) وسائل الشيعه ۱۹ : ۱۴۱ ، الباب ۲۹ من أبواب کتاب الإجاره.

لم يضمن ما يتلف به لعدم التعدی.

(الثامنه): نصب المیازیب إلی الطرق جائز، وعلیه عمل الناس[۱].

الشَرح:

مال أو إنسان لعدم حصول التعدّی منه، بل یحسب وقوعه وترتب التلف علیه من قضاء اللّه وقدره حتّی فیما إذا وقع الحائط علی الطریق فمات إنسان بغباره أو بتطایر شیء منه ومثله ما إذا وقع علی ملک الغیر.

نعم، لو بناه مائلاً ـ علی الطریق أو ملک الغیر أو بأساس ضعیف بحیث لا یثبت الحائط مع مثل الریاح العاصفه ضمن؛ لأنّ بناءه الحائط کذلک یعدّ تعدّیاً وإضراراً بالطریق.

ولو فرض عدم کون الحائط فی الأصل کذلک ولکن صار بحسب مرور الزمان کذلک مائلًا إلی الطریق أو ملک الغیر فإن وقع وترتّب علیه تلف شیء، فإن کان ذلک قبل التمکّن من إصلاحه وتعدیله لم یضمن لعدم التعدّی منه.

وإن لم یعتنِ بإصلاحه أو رفع الحائط ولو بمقدار میله وترتّب علی ذلک التلف بوقوعه علی الطریق أو ملک الغیر ضمن.

وعلی الجمله، کلّما یعدّ الحائط بقاؤه علی ملکه داخلاً ـ فی التصرّف المتعارف من الملاّک فی ملکهم فلا یوجب سقوطه أو وقوعه علی الطریق أو ملک الغیر تعدّیاً منه، بل یحسب من قضاء اللّه وقدره إذا کان ذلک بالریح العاصفه ونحوه، وأمّا إذا صار بحیث حصل فیه انشقاق أو میل جعله معرضاً للسقوط فعدم الاعتناء من مالکه یعدّ من التعدّی والإضرار بالطریق أو بالغیر.

نصب المیازیب وإخراج الرواشن إلی الطرق

[۱] لا ینبغی التأمّل فی جواز نصب المیازیب إلی الطرق وعدم ترتّب الضمان فیما إذا وقع علی شخص أو مال وترتّب علی وقوعه تلفها فیما إذا کان وقوعه أمراً اتّفاقیاً علی ما تقدّم فی وقوع الحائط بالریاح العاصفه؛ وذلک فإنّ الموجب للضمان

وهل يضـمن لو وقعت فأتلفت؟ قال المفيد رحمه الله : لا يضـمن، وقال الشـيخ: يضمن لأنّ نصبها مشروط بالسلامه، والأوّل أشبه. وكذا إخراج الرواشن فى الطرق المسلوكه، إذا لم تضـرّ بالماره. فلو قتلت خشـبهٌ بسـقوطها، قال الشيخ: يضمن نصف الديه، لأنّه هلك عن مباح ومحظور، والأقرب أنّه لا يضـمن مع القول بالجواز. وضابطه أنّ كلّ ما للإنسان إحـداثه فى الطريق، لا يضـمن ما يتلف بسببه. ويضمن بما ليس له إحداثه، كوضع الحجر وحفر البئر.

الشَرح:

هو الإضرار بالطريق والتعدى على المارّ فلا يكون نصب الميزاب بنحو لا يضرّ به عرفاً من التعدّى والإضرار.

نعم، إذا صار فيمعرض الوقوع نظير ما ذكرنا فى الحائط الذى مضـى عليه زمان من بنائه وصار مائلاً إلى الطريق جرى فيه ما تقدّم فى ذلك الحائط.

نعم، هـذا فى نصـبه فى الطرق النافـذه وأمّا فى الطريق المرفوع والمملوك لملاك البيوت يكون التصـرّف فيه بنصب الميزاب أو غيره من التصرّف مشروطاً بإذن الشركاء.

وأمّا دعوى الضـمان مطلقاً واسـتفادته من قوله عليه السـلام : «كلّ شىء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»(1) كما فى صـحيحه الحلبى، أو قوله صـلى الله عليه و آله فى معتبره السـكونى: «من أخرج ميزابـاً أو كنيفاً أو أوتـد وتـداً أو أوثق دابه أو حفر شـيئاً فى طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»(2) فلا يعمّ المفروض فى المقام حيث إنّ ظاهرهما كون الشـىء بإحداثه مضـرّاً كوضع الحجر أو نصب الميزاب كما إذا كان البيت سـطحه نازلاً بحيث يضرّ الميزاب المنصوب فيه على المارّه لا ما إذا كان منصوباً بحيث لا يضرّ بالمارّه، بل حدث الضرر بسقوطه اتّفاقاً على ما تقدّم.

وكذا الحال فى إخراج الرواشن والأجنحه.

ص: ٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٤٣ ، الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٤٥ ، الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

فلو أجّج ناراً فی ملکه لم یضمن ولو سرت إلی غیره، إلاّ أن یزید عن قدر الحاجه، مع غلبه الظن بالتعدّی[۱]، کما فی أیام الأهویه. ولو عصفت بغتهً لم یضمن. ولو أجّجها فی ملک غیره، ضمن الأنفس والأموال فی ماله، لأنّه عدوان مقصود. ولو قصد إتلاف الأنفس، مع تعذّر الفرار، کانت عمداً.

الشَرح:

وممّا ذکر ظهر أنّ ما ذکر الشیخ قدس سره من أنّ فی فرض سقوط الخشبه وترتّب التلف یکون علی صاحبها نصف الدیه؛ لأنّ التلف حصل من مباح ومحظور، فالمحظور ما کان خارجاً من الخشبه علی الطریق والمباح ما کان داخلاً منها فی ملکه(۱)، کماتری فإنّ إخراج نصف الخشبه علی فضاء الطریق بحیث لم یکن ضاراً بالمارّه جائز والسقوط الاتفاقی المحسوب من قضاء اللّه وقدره لا یوجب الضمان.

لو أجّج ناراً فی ملکه لم یضمن إذا سرت إلی غیره

[۱] تأجیج النار فی ملکه لقضاء حاجته بمقدار لا یکون معرضاً للإضرار بالجار وغیره ممّا علیه السیره الجاریه من المتشرعه وغیرهم، ولم یرد المنع عنه فی شیء من الخطابات الشرعیه، وعلی ذلک فلو اتّفقت السرایه کحدوث الریح العاصفه غیر المتعارفه بغته لم یضمن؛ لأنّ التلف لا یستند إلیه بل یعدّ من قضاء اللّه وقدره.

نعم، تأجیجها بمقدار غیر متعارف أو فی زمان تکون فیه معرض السرایه یستند التلف إلیه کما یستند إلیه لو أجّج ناراً فی ملک الغیر من غیر إذن مالکه وطلبه ضمن ما یتلف بها من المال والنفس، بل لو کان قاصداً بالتأجیج إتلاف النفس أو کان ممّا یترتّب علیه تلف النفس عاده لعدم تمکّن الشخص من الفرار والتخلّص یحسب القتل عمداً یتعلّق القود.

ولا یخفی أنّ مجرّد کون التأجیج معرضاً للسرایه کافٍ فی عدم الجواز والضمان ولا یعتبر غلبه الظن بالتعدّی والسرایه.

۱- (۱) المبسوط ۷ : ۱۸۸.

ولو بـالت دابته فی الطریق[۱]، قال الشیـخ: یضـمن لو زلق فیه إنسان. وکـذا لو ألقی قمامه المنزل المزلقه کقشور البطیـخ أو رشّ الدرب بالماء، والوجه اختصاص ذلک بمن لم یرَ الرش أو لم یشاهد القمامه.

الشَرح:

وعلی الجمله، إنّمـا یثبت القود فیما إذا أجّج النار فی ملک الغیر بأحـد أمرین إمّا بقصـد إتلاف النفس مع عـدم تمکن الغیر من الفرار أو کانت النار فی معرض السرایه التی لا یمکن الفرار منها، وفی معتبره السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام أنّه قضـی فیرجل أقبل بنار فأشـعلها فی دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، قال: «یغرم قیمه الدار وما فیها ثمّ یقتل»(۱) وبهذا یظهر ثبوت هـذا الحکم فیمن ألقی المواد المتفجّره فی بیت الغیر فـأتلف المـال والنفس حیث یجری فی ذلـک أیضـاً ما ورد فی هـذه المعتبره.

لو بالت الدابه فانزلق فیه إنسان

[۱] لا یخفی أنّ بول الدابه فی الطریق أمر عادی وترتّب انزلاق شـخص به أمر اتّفاقی لا یبعد أن یحسب من قضاء اللّه وقدره، بل لو وضع الشـخص رجله فی موضع البول عالمـاً لاـ یسـتند التلف إلی مالـک الـدابه قطعـاً، نعم إلقاء قمامه المنزل المزلقه. إضـرار بالمـارّه، لا یجوز، بل یترتّب علیه الضـمان إذا کان فی معرض وضع الرجل علیه فیـدخل فیما ورد فیصـحیحه الحلبی: «کلّ شـیء یضـرّ بطریق المسـلمین فصاحبه ضامن لمّا یصیبه»(۲) وأمّا رشّ الـدرب فلو کان بنحو المتعارف بحیث لا تعـدّ إضـراراً للماره بل کان لملاحظه المصلحه لهم، فاتفق ترتّب ضرر علی ذلک فهذا لا یدخل فی العموم المذکور فلا موجب للضمان.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۷۹ - ۲۸۰ ، الباب ۴۱ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۴۳ ، الباب ۹ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

(التاسعه): لو وضع إناءً على حائطه، فتلف بسقوطه نفس أو مال، لم يضمن لأنّه تصرّف فی ملكه من غير عدوان[۱].

(العاشره): يجب حفظ دابّته الصائله، كالبعير المغتلم[۲] والكلب العقور. فلو أهمل، ضمن جنايتها. ولو جهل حالها أو علم ولم يفرّط فلا ضمان.

الشَرح:

لو وضع إناء على حائطه فتلف بسقوطه نفس

[۱] الحكم فی وضع شیء ثقيل على حائطه المملوک بحيث يكون معرضاً للسقوطه يكون كبناء الحائط فی ملكه مائلاً أو بلا أساس حيث يكون فعله غير جائز ويضمن ما يتلف بسقوطه مالاً ـ أو غيره، بخلاف ما إذا لم يكن فی معرض السقوط بل كان سقوطه أمراً اتّفاقياً، إذا كما سقط من الحائط باتّفاق الزلزال فإنّه يكون كسقوط نفس الحائط المبنی من غير ميلان ومع الأساس فی كون التلف بسببه يعدّ من قضاءاللّه وقدره.

لو أهمل حفظ الدابه الصائله ضمن جنايتها

[۲] والوجه فی ذلک أنّ ترک صاحب البعير المغتلم أو الكلب العقور التحفّظ عليها إضرار للناس، ولو ترک الدابه بحالها وجنت يكون صاحبها ضامناً جنايتها ويجوز للغير إتلافها إذا كان ذلک دفاعاً.

وفی صحيحه الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام سئل عن بختی اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلاً فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال: «صاحب البختی ضامن للديه ويقتص ثمن بختيه»(۱) وصحيحه علی بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهماالسلام قال: سألته عن بختی مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختی

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۵۰ ، الباب ۱۴ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

ولو جنی علی الصائله جانٍ، فإن کان للدفع لم یضمن. ولو کان لغیره ضمن[۱]، وفی ضمان جنایه الهره المملوکه تردد.

الشَرح:

وقتله ما حاله؟ قال: «علی صاحب البختی دیه المقتول ولصاحب البختی ثمنه علی الذی عقر بختیه»(۱) والحکم بضمان قاتل البختی؛ لأنّ قتله لم یکن دفاعاً بل کان للتشفّی.

ومن الظاهر أنّ البختی لا خصوصیّه له، بل یجری ذلک فی مطلق الصائل الذی لو ترک حفظه وقع منه الإضرار والجنایه؛ ولذا ذکر الماتن قدس سره عنوان الدابه الصائله.

هذا إذا کان صاحب الدابه عالماً بحالها وترک حفظها، وأمّا إذا لم یعلم ذلک کما إذا حدث منها هذه الحاله لأوّل مرّه تحسب الجنایه والإضرار من قضاء اللّه وقدره فلا ضمان علی صاحبها، ولو قتلها الشخص مع حدوثها لأوّل مرّه دفاعاً عن جنایتها مع توقّف الدفاع علیه لم یضمن، وکذا إذا عقرها وفی روایه مسمع بن عبدالملک، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام کان إذا صال الفحل أوّل مرّه لم یضمن صاحبه فإذا ثنّی ضمّن صاحبه»(۲).

ولا یبعد أن یکون المراد ممّا ورد فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار»(۳) من العجماء الدابه المرسله فتکون جنایتها هدراً، والجبار بالضمّ والتخفیف بمعنی الهدر، وکذا ما ورد فی معتبره زید بن علی، عن أبیه، عن آبائه(۴).

لو جنی علی الصائله جانٍ

[۱] لا فرق فی عدم ضمان الجنایه علی الصائله بین کونها دفاعاً عن نفسه أو

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۱ ، الباب ۱۴ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۱ ، الباب ۱۴ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۷۱ ، الباب ۳۲ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۷۲ ، الباب ۳۲ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۵.

قال الشيخ: يضمن بالتفريط مع الضراوه، وهو بعيد، إذ لم تجر ِالعاده بربطها، نعم يجوز قتلها[۱].

الشَرح:

ماله أو دفاعاً عن نفس الغير، بل ماله الذى يقع فى حرج عظيم من تلفه بحيث يجب على السائرين حفظه من التلف.

[۱] قد يقال لا فرق فى جنايه الهرّه المملوكه بتفريط مالكها مع الضراوه وتعودها وبين جنايه الدابه الصائله بالتفريط وذكر الماتن قدس سره أنّه وإن جاز للغير قتل الهرّه المفروضه دفاعاً كما تقدّم فى الصائله إلاّ أنّه لا يضمن مالك الهرّه جنايتها؛ وذلك لأنّه لم تجر ِالعاده على ربط الهره ليكون جنايتها بالتفريط من مالكها، بل العاده جاريه على تحفّظ الناس على طعامهم عن تعدّيها وكذا سائر ما يناسب التحفّظ عليه من جنايه الهرّه.

وما فى الجواهر من عدم الفرق بين الدابه الصائله والهرّه لا يمكن المساعده عليه.

ويمكن أن يستدل على عدم ضمان صاحب الهرّه بما ورد فى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه عن على عليه السلام قال: «كان على عليه السلام لا يضمّن ما أفسدت البهائم نهاراً ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه وكان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً»(۱).

وفى معتبره زيد بن على، عن آبائه، عن على عليه السلام : «أنّه كان يضمّن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً ولا يضمنه إذا عقر بالليل وإذا دخلت دار قوم بإذنهم فعقرك كلبهم فهم ضامنون وإذا دخلت بغير إذن فلا ضمان عليهم»(۲) فإنّه لا يبعد أن يكون

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۷۶ - ۲۷۷ ، الباب ۴۰ من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۵۵ ، الباب ۱۷ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۳.

(الحادیه عشر): لو هجمت دابّه علی أَخری، فجنت الداخله ضمن صاحبها[۱]. ولو جنت المدخول علیها، کان هدراً. وینبغی تقیید الأوّل بتفریط المالک فی الاحتفاظ.

الشَرح:

التفصیل بین النهار واللیل فی تعدّی البهائم بعدم ضمان صاحب الحیوان فی النهار وضمانه فی اللیل، وفی الکلب علی العکس لا لخصوصیّه فی نفس اللیل والنهار، بل باعتبار جریان العاده فیما کان الزرع یجنب طریق المواشی علی تحفّظ صاحب الزرع زرعه فی النهار، بخلاف اللیل فإنّه وإن کان بجنب الطریق لا یکون الطریق معرضاً لدخول المواشی لعدم عبورهم لیلًا ولا عاده فی حفظ الزرع من قبل صاحب الزرع فی اللیل، بخلاف الکلب فإنّ علی صاحبه التحفّظ علیه فی النهار عن إحراز الناس، بخلاف اللیل فإنّه یترک للحراسه فعلی الناس التحفّظ علی أنفسهم من تعدّیه.

لو هجمت دابه علی أُخری

[۱] قد ظهر الحال فی هذا الفرض أیضاً ممّا تقدّم فإنّ الدابّه المهاجمه إذا وقعت الجنایه علیها من المدخول علیها فلا یکون جنایه المدخول علیها مستنداً إلی مالکها بوجه فلا ضمان، بخلاف ما إذا وقعت الجنایه علی المدخول علیها من الداخله فإنّه لو فرّط مالکها یضمن الإتلاف والجنایه.

نعم، لو لم یکن منه تفریط أصلًا ولکن کان دخولها علی الأُخری أمراً اتّفاقیاً یحسب من قضاء اللّه وقدره؛ ولذا قال الماتن: ینبغی تقیید الأوّل بتفریط المالک فی الاحتفاظ، وما فی روایه سعد بن طریف الإسکاف، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «أتی رجل رسول الله صلی الله علیه و آله فقال: إنّ ثور فلان قتل حماری، فقال له النبی صلی الله علیه و آله أئت ِ أبا بکر فسله فأتاه فسأله، فقال: لیس علی البهائم قود، فرجع إلی النبی صلی الله علیه و آله فأخبره بمقاله أبی بکر، فقال له النبی صلی الله علیه و آله أئت ِ عمر فسله فأتی عمر فسأله، فقال: مثل مقاله أبی بکر، فرجع إلی النبی صلی الله علیه و آله فأخبره، فقال النبی صلی الله علیه و آله أئت ِ علیّاً فسله فأتاه فسأله،

(الثانیه عشر): من دخل دار قوم، فعقره کلبهم، ضمنوا إن دخل بإذنهم، وإلّا فلا ضمان[۱].

الشَرح:

فقال علی علیه السلام : إن کان الثور الداخل علی حمارک فی منامه حتّی قتله فصاحبه ضامن، وإن کان الحمار هوالداخل علی الثور فی منامه فلیس علی صاحبه ضمان، قال: فرجع إلی النبی صلی الله علیه و آله فأخبره، فقال النبی: الحمد للّه الذی جعل من أهل بیتی من یحکم بحکم الأنبیاء»(۱) محمول علی صوره التفریط فی حفظ الثور ویؤیّد ذلک مرسله عبیداللّه الحلبی عن رجل عن أبی جعفر علیه السلام (۲).

من دخل دار قوم فعقره کلبهم

[۱] قد رود هذا التفصیل فی ذیل معتبره زید بن علی، عن أبیه، عن آبائه، عن علی علیه السلام من قوله: «وإذا دخلت دار قوم بإذنهم فعقرک کلبهم فهم ضامنون وإذا دخلت بغیر إذن فلا ضمان علیهم»(۳).

وهذه الروایه أیضاً علی طبق ما تقدّم من التفریط من المالک الموجب لضمانه عدم تفریطه، فإنّه لو کان فی داره کلب عقور فإن استأذن الداخل فأُذن له فی الدخول فعلی المالک التحفّظ من تعدّی الکلب، بخلاف ما دخل الداخل من غیر استیذان فإنّه علی تقدیر جواز هذا الدخول لرضاهم کما هو المتعارف فی القری وبعض البلاد فلا یکون من قبل أهل الدار تفریط فلا موجب لضمانهم، وفی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل دخل دار قوم بغیر إذنهم فعقره کلبهم، قال: لا ضمان علیهم وإن دخل بإذنهم ضمنوا»(۴).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۶ ، الباب ۱۹ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۷ ، الباب ۲۰ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۵ ، الباب ۱۷ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۳.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۵۴ ، الباب ۱۷ من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۲.

(الثالثه عشر): راكب الدابه يضمن ما تجنيه بيديها، وفيما تجنيه برأسها تردّد، أقربه الضمان لتمكّنِهِ من مراعاته[١]. وكذا القائد. ولو وقف بها، ضمن ما تجنيه بيديها ورجليها. وكذا إذا ضربها فجنت، ضمن. وكذا لو ضربها غيره، ضمن الضارب. وكذا السائق يضمن ما تجنيه. ولو ركبها رديفان، تساويا فى الضمان. ولو كان صاحب الدابه معها، ضمن دون الراكب. ولو ألقت الراكب، لم يضمنه المالك، إلاّـ أن يكون بتنفيره. ولو أركب مملوكه دابهً، ضمن المولى جنايه الراكب. ومن الأصحاب من شرط صغر المملوك، وهو حسن. ولو كان بالغاً، كانت الجنايه فى رقبته، إن كانت على نفس آدمى. ولو كانت على مال، لم يضمن المولى. وهل يسعى فيه العبد؟ الأقرب أنّه يتبع به إذا أُعتق.

الشَرح:

راكب الدابه يضمن ما تجنيه

[١] قد تقدّم أنّ ضمان الجنايه على من تستند إليه تلك الجنايه وصدرت منه ولو بالتسبيب، وعلى ذلك فلا موجب للضمان فيما إذا وقع الإتلاف من الدابه إذا لم يكن تفريط من مالكها، ولو قام دليل فى مورد عدم التفريط على ضمان ما أتلفت الدابّه فيؤخذ به فى مدلوله وفى غيره يؤخذ بمقتضى ما ذكرنا خصوصاً بملاحظه ما ورد من أنّ العجماء جبار(١)، وقد وردت فى روايات معتبره أنّ جنايه الدابه على راكبها وقائدها إذا كانت بيديها وعمل بها الأصحاب من غير خلاف يعرف.

منها صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته إنساناً برجلها فقال: «ليس عليه ما أصابت برجلها ولكن عليه ما أصابت بيدها؛ لأنّ رجليها خلفه إن ركب فإن كان قاد بها فإنّه يملك بإذن اللّه يدها يضعها حيث يشاء»(٢) ومعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٧١ ، الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٤٧ ، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٣.

....

الشَرح:

ضمّن القائد والسائق والراكب، فقال: «ما أصاب الرجل فعلى السائق وما أصاب اليد فعلى القائد والراكب»(١).

وصحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عن رجل مرّ فی طريق المسلمين فتصيب دابته برجلها؟ فقال: «ليس على صاحب الدابّه شیء ممّا أصابت برجلها، ولكن عليه ما أصابت بيدها؛ لأنّ رجلها خلفه إذا ركب وإن قاد دابه فإنّه يملك يدها بإذن اللّه يضعها حيث يشاء»(٢) ولا مورد للتأمّل وفی كون مدلول هذه الروايات أنّ جنايه الدابه بيديها على راكبها وقائدها، كما لا ـ مورد للتأمّل فی أنّ جنايتها برجلها على سائقها، وكأنّ المستفاد منها أنّ الحكم بالضمان على الراكب أو القائد والسائق لإلزامهم كمال الاحتياط فی رعايه الدابّه حال الركوب أو القود أو السوق؛ ولذا أوجب ذلك أن يحكم جماعه بضمان الراكب ضمان جنايته رأس الدابّه، وكذا قائدها لتمكّنها من مراعاه رأسها.

ولكن لا يخفى أنّ الحكم بالضمان ولو يكون ظاهره مراعاه الدابّه، إلاّ أنّ ذلك لا يوجب التعدّى إلى الحكم بالضمان فی غير جنايه اليد، فإنّ الحكم بالضمان مجرّد تعبّد وإلاّ ـ كان الأصل مقتضاه عدم الضمان إلاّ مع تفريط الراكب، ومعه لا فرق فی الضمان بين جنايته برأسها أو بيديها أو برجليها، كما إذا ضربها بحيث كان خارج المتعارف فطفرت الدابه برجليها وقد أصابت إنساناً مارّاً فی الطريق.

وعلى ذلك يظهر أنّه لو كان راكبها رديفين فالضمان فی جنايه يديها عليهما من غير فرق بين كون أحدهما مالكاً لها أو غير مالك، وفرض التعدّى من أحدهما بحيث جنت بها،فرض خارج عن المقام.

ص: ١٠٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٤٨ ، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٤٩ ، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٩.

....

الشَرح:

وما ذكر الماتن قدس سره ولو ركبها رديفان تساويا فى الضمان ولو كان صاحب الدابّه معها ضمن دون الراكب.

فإن أراد صوره كون المالك قائداً لها وغيره راكباً، فلا يبعد ذلك حيث يستفاد من التعليل الوارد فى صحيحتى الحلبى وسليمان بن خالد(۱) أنّ اختيار يدى الدابه فى يد القائد.

وأمّا إذا أراد أنّ الرديفين إذا كان أحدهما مالك الدابّه والآخر مجرّد راكب فالضمان على مالكها فلا دليل عليه، بل مقتضى كون الضمان على الراكب توزيع الضمان عليهما.

وذكر الماتن أيضاً أنّ ضمان جنايه الدابه على سائقها ولم يفرّق بين جنايه يديها أو رجليها أو رأسها مع أنّ مقتضى ما تقدّم فى معتبره السكونى من أنّ ما على السائق ضمان رجليها، ولكن الالتزام بضمان السائق جنايه يديها كرجليها مستنده روايه العلاء بن الفضيل، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابّته فتصيب برجلها، قال: «ليس عليه ما أصابت برجلها وعليه ما أصابت بيدها وإذا وقف فعليه ما أصابت بيدها ورجلها وإن كان يسوقها فعليه ما أصابت بيدها ورجلها أيضاً»(۲) ولكنّ الروايه ضعيفه سنداً بمحمّد بن سنان ومعارضه فى هذه الجهه مع معتبره السكونى فيؤخذ بالمقدار الثابت وهو ضمان جنايه رجليها.

وممّا ذكر يظهر أنّ ما ذكره قدس سره من أنّ ضمان الرجل واليد على الراكب إذا وقف بها مستنده هذه الروايه التيذكرنا لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها.

ص: ۱۰۷

۱- (۱) تقدّمتا قبل قليل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۴۷ ، الباب ۱۳ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

....

الشَرح:

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور كماترى حيث يحتمل أن يكون وجه عمل بعضهم لولا جلهم ملاحظه مناسبه الحكم والموضوع التى تقدّم أنّها من قبيل الحكمه فى الحكم بالضمان.

نعم، لو وقف بها فى طريق يضرّ وقوفها بالمارّه يكون عليه ضمان ضررها لما تقدّم من قوله عليه السلام: من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن بما أصابه(۱).

وقد يقال إنّ ما تقدّم من ضمان الراكب جنايه يد الدابه دون رجليها ينافيها ما ورد فى موثقه إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام كان يضمّن الراكب ما وطئت الدابه بيدها أو رجلها إلّا أن يعبث بها أحد فيكون الضمان على الذى عبث بها»(۲) وهذه الموثّقه تعارض الروايات المتقدّمه فى نفى تلك الروايات ضمان الرجل فتسقطان فى هذه الجهه، وذكرنا أنّ عدم الضمان مقتضى الأصل، ويمكن حمل الموثّقه على التفرقه بين ضرب الدابه برجليها أو وطئها، فإن كان التلف بالوط ء فراكبها ضامن، وإن كان بالضرب يكون الضمان على التفصيل المتقدّم كما يستفاد ذلك من معتبره أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى صاحب الدابّه أنّه يضمن ما وطئت بيدها ورجلها وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه إلّا أن يضربها إنسان»(۳) حيث إنّ المراد من نفحت ضربها ودفعها مقابل وطئها ولكن لم يكن فيما رواه الفقيه(۴) كلمه الرجل.

۱- (۱) انظر وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۴۱ ، الباب ۸ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۴۹ ، الباب ۱۳ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۱۰.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۴۷ ، الباب ۱۳ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۴.

۴- (۴) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۵۶ ، الحديث ۵۳۵۳.

البحث الثالث: فی تزاحم الموجبات: إذا اتّفق المباشر والسبب، ضمن المباشر[۱]، کالدافع مع الحافر، والممسک مع الذابح، وواضع الحجر فی الکفّه مع جاذب المنجنیق. ولو جهل المباشر حال السبب، ضمن المسبب. کمن غطّی بئراً حفرها فی غیر ملکه فدفع غیره ثالثاً ولم یعلم، فالضمان علی الحافر. وکالفارّ من مخیفه إذا وقع فی بئر لا یعلمها.

الشَرح:

البحث الثالث: فی تزاحم الموجبات

إذا اتّفق المباشر والسبب

[۱] ذکر قدس سره أنّه إذا اجتمع موجبان للضمان أحدهما المباشره والآخر السبب فمع علم المباشر بالسبب یکون الضمان علی المباشر، کما إذا حفر شخص بئراً ودفع الآخر ثالثاً إلی البئر فسقط الثالث فیه فمات اتّفاقاً تکون الدیه علی الدافع، وکذا فی القود، کما إذا أمسک شخص أحداً فقطع الآخر رأسه أو جرحه حتّی مات.

أقول: فی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قضی علی علیه السلام فی رجلین أمسک أحدهما وقتل الآخر، قال: «یقتل القاتل ویحبس الآخر حتّی یموت غمّاً کما حبسه حتّی مات غماً»(۱).

وفی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ ثلاثه نفر رفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السلام واحد منهم أمسک رجلًا وأقبل الآخر فقتله والآخر یراهم فقضی فی صاحب الرؤیه أن تسمل عیناه، وفی الذی أمسک أن یسجن حتّی یموت کما أمسکه، وقضی فی الذی قتل أن یقتل»(۲) إلی غیر تلک ولأنّ القتل وغیره من التلف مستند تمام الاستناد إلی المباشر دون ما سمّوه بالسبب.

ویعدّ أیضاً من قبیل اجتماع السبب والمباشره ما إذا وضع شخص الحجر فی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۴۹، الباب ۱۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۵۰، الباب ۱۷ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳.

..... .

الشَرح:

كفّه المنجنيق وجذبه الآخر فإنّ استناد التلف إلى الجاذب،حيث يعتبر مباشراً بلا فرق بين موردى القصاص والديه.

وقال الماتن قدس سره هذا إذا كان من يعدّ فعله مباشره، عالماً بالحال، وأمّا إذا كان جاهلاً بوجود البئر أو وضع الحجر فى الكفّه يكون الضمان على فاعل السبب من حافر البئر وواضع الحجر فى الكفّه ولعلّ هذا هو المشهور بل ادّعى الإجماع على ذلك.

ولكن لا ـ يخفى أنّه لو كـان حفر البئر فى غير ملكه أو فى طريق المسـلمين غايته أنّه دخيل فى تحقّق التلف ولا يزيـد دخالته عن دخـاله الـدافع، وكـذا الحال فى واضع الحجر فالتلف مسـتند إلى فعلهما وفعل المباشـر فيكون الضـمان على الفاعل والسـبب معاً، وإنّما يكون تمام الضمان على الحافر فى مثل الفارّ من مخيفه إذا حفر البئر فى طريق المسلمين أو فى غير ملكه.

ولا ـ يخفى أنّ الفـار من مخيفه إذا ألقى نفسه فى البئر عمـداً فلا يكون فى البين ضـمان؛ لأنّ الفار أعان على نفسه فالتلف مسـتند إليه.

وعن بعض أصحابنا أنّ المخيف كما إذا شهر سيفه والفارّ عنه ألقى نفسه فى بئر يكون الضمان على المخيف.

وفيه قـد تقـدّم أنّ الضـمان إنّما يكون على القاعـده أو بقيام دليل خاصّ عليه أو فى مورد لا يحتمل الفرق بينه وبين مورد النصّ، ومع إلقاء نفسه فى البئر متعمّداً لا يكون القتل مسـتنداً إلى المخيف وإن يسـتحقّ المخيف الحدّ، كما ذكر فى بحث المحارب أو التعزير فيما إذا لم يدخل شاهر السـيف فى عنوان المحارب إلاّ أنّ ضـمان التلف إنّما يكون عليه مع مباشـرته الجنايه ولم يقم فى المقام ونظيره دليل

ولو حفر فی ملک نفسه بئراً، وسترها ودعا غیره، فالأقرب الضمان[۱] لأنّ المباشره یسقط أثرها مع الغرور.

الشَرح:

خاصّ علی الضـمان، غایته أنّه کالمکره بالکسر علی قتل أحد فإنّ الضمان علی المکره الجانی، وما نحن فیه لا یزید عن المکره بالکسر والمکره بالفتح هو الجانی علی نفسه، ولا فرق فی جنایته علی نفسه بین أن یکون البئر المحفوره فی طریق المسلمین أو ملک الغیر أو غیر ذلک، وفی جمیعها یکون الفار هو الجانی علی نفسه وإنّما یکون الضمان علی الحافر فیما ذکر من عدوان الحافر وجهل الفارّ بالبئر مع عدم وضع مانع عن الوقوع فیها أو الإنذار منها؛ ولذا لا أظنّ من یلتزم بعدم الضمان علی من دفع الغیر إلی الحفره الطبیعیّه مع غفلته عنها فمات أو انکسر عظمه.

وعلی الجمله، من حفر بئراًفی غیر ملکه أو فی الطریق وإن یعمّ المقام إلاّ ـ أنّه لا یمنع عن ضمان الغیر أیضاً، بخلاف صوره علم الدافع فإن الضمان علی الدافع مع علمه بالبئر.

لو حفر فی ملک نفسه بئراً

[۱] إذا حفر بئراً فی ملکه وغطّاها بما یسقط بوضع القدم علیه وکان موضعها فی معرض وضع القدم علیه ودعا الغیر بالدخول فی ملکه من غیر إخباره بمکان البئر بحیث یعدّ إنذاراً، فوقع فی البئر بوضع قدمه فلا ـ ینبغی التأمل فی ضمانه؛ لأنّ دعوته الغیر للدخول من غیر إنذار وإخبار بمکان البئر تغریر الغیر ولا یکون دخول الغیر ووضع قدمه من الجنایه علی نفسه، مباشره وکذا فی سائر موارد تغریر الغیر ممّا یترتّب علیه تلف نفسه أو ماله.

نعم، لو لم یکن البئر فی معرض سقوط الداخل فیها ولکن ترتّب علیه الکسر والسقوط بحیث یحسب من قضاء اللّه وقدره فلا ضمان.

ولو اجتمع سببان، ضمن من سبقت الجنايه بسببه[۱]، كما لو ألقى حجراً فى غير ملكه، وحفر الآخر بئراً، فلو سقط العاثر بالحجر فى البئر فالضمان على الواضع. هذا مع تساويهما فى العدوان. ولو كان أحدهما عادياً كان الضمان عليه. وكذا لو نصب سكّيناً فى بئر محفوره فى غير ملكه، فتردّى إنسان على تلك السكّين، فالضمان على الحافر ترجيحاً للأوّل. وربّما خطر بالبال التساوى فى الضمان، لأنّ التلف لم يتمحّض من أحدهما لكنّ الأوّل أشبه.

الشَرح:

وفيما يترتّب عليه الضمان فإن ترتّب عليه تلف نفس الغير أو كسر بعض أعضائه فإن كان من دعاه قاصداً لذلك أو كان الترتّب على السقوط أمراً غالبيّاً عاديّاً،يكون الضمان بالقود.

وأمّا إذا لم يقصده ولم يكن ممّا يترتّب عليه عاده فالضمان بالديه فى مال الداعى فإنّ التلف يرتب على الفعل بغرور الداعى وطلبه وقد ورد فى بعض الروايات:

منها معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنهم ضمنوا»(۱) فإنّه لا موجب للضمان مع عدم الاستيذان، وإنّ إذنهم فى الدخول مع فرض الكلب العقور فى الدار يعدّ من تغرير الداخل.

لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجنايه بسببه

[۱] المنسوب إلى المشهور أو الأشهر أنّه إذا اجتمع سببان للضمان فى تحقّق الجنايه،فالسابق من السببين فى ترتّب الجنايه عليهما فاعله ضامن، كمن وضع حجراً وحفرالآخر بئراً فى موضع قريب منه، فلو سقط العاثر بالحجر فى البئر فالضمان على

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۵۴ ، الباب ۱۷ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

ولو وقع فى حفره اثنان، فهلك كلّ منهما بوقوع الآخر، فالضمان على الحافر لأنّه كالمُلقى[١].

الشَرح:

واضع الحجر؛ لأنّ العثور الموجب للسقوط حصل بفعله.

وبتعبير آخر، وضع الحجر فى المفروض واضعه كالدافع إلى البئر، وكأنّه لا ـ فرق فيما ذكر بين أن يكون حفر البئر أوّلاً ووضع الحجر بعده أو وضع الحجر أوّلاً ـ ثمّ حفر البئر، وفى كلا ـ الفرضين العثور المترتّب عليه السقوط فى البئر يحصل بوضع الحجر، فالضمان على واضعه.

وهذا فيما إذا تساويا الفاعلان فى العدوان.

وأمّا إذا كان العدوان من أحدهما خاصّه فالضمان عليه، كما إذا وضع الحجر فى ملكه فعثر به آخر فوقع فى البئر من غير أن يكون فى البين غرور من واضع الحجر، فإنّ حافر البئر فى ملك الغير أو فى الطريق ضامن لمن أضرّت به على ما تقدّم فى الروايات.

وقد ذكر الماتن أنّ مع اجتماع السببين عدواناً كون الضمان مشتركاً بين كلّ من فاعلى السببين يبادر إلى الذهن ولكن الأوّل أشبه.

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى استناد التلف إلى السببين جميعاً مقتضاه الاشتراك فى الضمان وإن كانت حصّه الدافع مع غفلته من البئر على عاقلته.

ودعوى كون البئر بالإضافه إلى الحجر الملقى عدواناً كالشرط من المباشر لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ إسناد إزهاق الروح فيه إلى المباشر خاصّه، دون المقام مضافاً إلى ما تقدّم من كون الضمان على المباشر مورد النص واجتماع السببين لا يدخل فيه، بل ذكرنا أنّ الدافع جهلاً بالبئر يكون مع الحافر مشتركاً فى الضمان وواضع الحجر وحافر البئر كلّ منهما دخيل فى الجنايه الحاصله من غير ترجيح إذ لولا أحدهما لم يتحقّق الجنايه وجعل أحدهما شرطاً والآخر سبباً بلا مرجح.

ولو قال: ألق متاعک فی البحر لتسلم السفینه فألقاه، فلا ضمان، ولو قال: وعلیَّ ضمانه، ضمن دفعاً لضروره الخوف. ولو لم یکن خوف، فقال: ألقه وعلیَّ ضمانه ففی الضمان تردّد، أقربه أنّه لا یضمن. وکذا لو قال: مزِّق ثوبک وعلیَّ ضمانه، أو اجرح نفسک، لأنّه ضمان ما لم یجب، ولا ضروره فیه.

ولو قال عند الخوف: ألقِ متاعک وعلیَّ ضمانه مع رکبان السفینه فامتنعوا فإن قال: أردت التساوی قُبِل ولزمه بحصّته، والرکبان إن رضوا، لزمهم الضمان وإلاّ فلا. ولو قال: أذنوا لی فانکروا بعد الإِلقاء صُدِّقوا مع الیمین، وضمن هو الجمیع[۱].

الشَرح:

وبهذا یظهر الحال فی حفر البئر ونصب آخر السکّین فیه، حیث یکون الضمان علیهما علی السویه؛ لأنّه لولا أحدهما لم یتحقّق تلک الجنایه الحاصله.

نعم، لو حصلت جنایه بحیث لم یکن لوضع السکّین فیها دخاله یکون الضمان علی الحافر فقط لعدم استنادها علی الواضع أصلاً.

لو وقع فی حفره اثنان فهلک کلّ منهما بوقوع الآخر

المفروض فی المقام سقوطهما فی الحفیره من غیر تعمّد والتفات إلی الحفیره، والحفیره وقع حفرها بنحو العدوان وفی مثل ذلک یکون الحافر ضامناً لدیه کلّ منهما حتّی وإن هلکا بوقوع أحدهما علی الآخر، ولو أسقطا نفسهما فیها فماتا فیدخل فی مسأله اجتماع السبب والمباشر والضمان فی هذا الفرض لا یکون علی الحافر بل إن مات الأوّل بسقوط الثانی علیه یکون علی الثانی دیته، کما أنّه لو مات الثانی بوقوعه علی الأوّل فکذلک ولو لم یکن موت أحدهما مستنداً إلی الآخر بل ماتا لعمق الحفیره فلا یکون لهما شیء؛ لأنّه أعان کلّ منهما علی نفسه.

لو قال ألقِ متاعک فی البحر فألقاه فلا ضمان

[۱] وربّما یتوهّم أنّ مجرّد قوله: وعلیّ ضمانه لا یکون ضماناً فإنّه من ضمان ما لم یجب فیشبه الوعد حیث لا یجب الوفاء به.

....

الشَرح:

وقد يردّ ذلک بالإجماع بين الأصحاب بل بعدم الخلاف بين الخاصّه والعامّه إلّا من أبی ثور(۱).

وقد يردّ بالسيره العقلائيه حيث إنّ الأمر بالآخر بإتلاف ماله لغرض عقلائی، يوجب ضمان الآمر کالأمر بالآخر بالإتيان بعمل له ماليه عند العقلاء حيث يضمن الآمر أُجره ذلک العمل.

وما ذکروا فيما کان الغرض العقلائی مختصّاً بالآمر بحيث لو لا طلبه،لم يکن على المأمور إلزام بإلقاء ماله صحيح.

وأمّا إذا کان فی البين إلزام کدفع خوف الغرق، فکونه موجباً للضمان شرعاً إشکال.

ولا يندرج أيضاً ضمان إلقاء المأمور فی قاعده الغرور.

وعن العلامه(۲) إمکان ادراجه فی الجعاله حيث لا تحتاج الجعاله إلى الإلزام، بل يستحقّ العامل الجعل بالعمل.

وفيه أنّ الجعل فی الجعاله فی مقابل العمل والماليه فی الفرض ليس فی إلقاء المال من قبل مالکه بل فی مقابل ماله.

ومن ذلک ظهر الحال فيما إذا قال: ألقِ متاعک فی البحر وعلیّ ضمانه، فيما إذا لم يکن فی البين خوف أو غرض عقلائی آخر من خفّه السفينه وحدوث السرعه فی سيره من خفّته، فإنّ مع عدم الغرض العقلائی فی تحقّق الضمان تأمّل، بل لا يجوز للمأمور العمل إذا کان فيه إتلاف المال بلا موجب، کما إذا قال: مزّق ثوبک وعلیّ ضمانه أو اجرح نفسک وعلیّ ديته أو أرشه.

۱- (۱) الخلاف ۵ : ۲۷۵ ، المساله ۹۵.

۲- (۲) عنه المحقق الثانی فی جامع المقاصد ۵ : ۴۰۴ ، والجواهر ۴۳ : ۱۵۰ ، وانظر تذکره الفقهاء ۲ : ۱۰۳ (الطبعه الحجريه).

....

الشَرح:

ودعوى عموم السيره العقلائيه على ثبوت الضمان عهده إثباتها على مدّعيها.

ولو قال عند الخوف: ألق ِ متاعک فی البحر وعلیّ مع رکبان السفینه ضمانه، فإن امتنع الآخرون عن الضمان فلا یضمن إلاّ حصّته؛ لأنّه لم ینشئ ضمان نفسه إلاّ بمقدار حصّته.

ولو قال: ألق ِ متاعک فی البحر وعلیّ ضمانه مع الرکاب حیث أذنوا لی فی الضمان عنهم، فإن أنکر الآخرون لم یلزمه أیضاً إلاّ حصّته فإنّه لم ینشئ ضمانهم على نفسه بل المنشأبمقدار حصّته أیضاً.

وإذا حلف الآخرون على عدم إذنهم وسقط عنهم الضمان، لا یطلب من مدّعی الوکاله بقاعده الغرور؛ لأنّ مالک المتاع هو الغار على نفسه حیث لم یسأل الرکاب عن صحّه دعوى وکالته عنهم.

نعم، لو قال قد أذنوا لی فی الضمان منهم أو أنا ضامن لأدائهم یضمن جمیع المال.

ومن لواحق هذا الباب مسائل الزُّبيه:

فلو وقع واحد فی زُبیه الأسد، فتعلّق بثان، وتعلق الثانی بثالث والثالث برابع، فافترسهم الأسد، فیه روایتان.

إحداهما: روایه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام : فی الأوّل فریسه الأسد وغُرم أهله ثلث الدیه للثانی، وغرم الثانی لأهل الثالث ثلثی الدیه، وغرم الثالث لأهل الرابع الدیه کامله.

والثانیه: روایه مسمع عن أبی عبداللّه علیه السلام ، أنّ علیّاً علیه السلام قضی: أنّ للأوّل ربع الدیه، وللثانی ثلث الدیه، وللثالث نصف الدیه، وللرابع الدیه کامله، وجعل ذلک علی عاقله الذین ازدحموا.

والأخیره ضعیفه الطریق إلی مسمع فهی إذن ساقطه. والأُولی مشهوره لکنّها حکمٌ فی واقعه.

ویمکن أن یقال: علی الأوّل الدیه للثانی لاستقلاله بإتلافه، وعلی الثانی دیه الثالث، وعلی الثالث دیه الرابع لهذا المعنی. وإن قلنا: بالتشریک بین مباشر الإمساک والمشارک فی الجذب، کان علی الأوّل دیه ونصف وثلث، وعلی الثانی نصف وثلث، وعلی الثالث ثلث دیه لا غیر[۱].

الشَرح:

مسائل الزُّبْیَه

[۱] لو دفع أحد فی زبیه الأسد وتعلّق الواقع بثان وتعلّق الثانی بثالث والثالث برابع فماتوا جمیعاً، بافتراسهم الأسد أو بوقوعهم فیها ففی الفرض روایتان:

إحداهما روایه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی أربعه اطّلعوا فی زبیه الأسد فخرّ أحدهم فاستمسک بالثانی واستمسک الثانی بالثالث واستمسک الثالث بالرابع حتّی أسقط بعضهم بعضاً علی

....

الشَرح:

الأسـد فقتلهم الأسـد فقضـى بالأوّل فريسه الأسـد وغرّم أهله ثلث الـدّيه لأهل الثانى، وغرّم الثانى لأهل الثالث ثلثى الـديه، وغرّم الثالث لأهل الرابع الـديه كامله(۱)» وظاهرهـا أن دم الأوّل هـدر لا شـىء لأهله وإنّما غرّم أهله لأهل الثانى ثلث الـديه وغرّم أهل الثانى لأهل الثالث ثلثى الديه وغرّم الثالث لأهل الرابع كامل الديه.

ومدلول الصحيحه لا ينطبق على القواعد لا على قاعده تقديم المباشره على السبب ولا على قاعده اشتراک المسبب والمباشر.

وقد أورد الشـهيد الثانى قدس سـره على الروايه سـنداً بأنّ محمّد بن قيس مشترک(۲) ومـدلولها لا ينطبق على القواعد، ولكن لا يخفى أنّ محمّد بن قيس هو البجلى ثقه بقرينه أنّ الراوى عنه عاصم بن حميد، والمروى عنه أبو جعفر عليه السلام ويروى قضايا على عليه السلام .

نعم، أنّها مخالفه للقواعد فتقصر فى العمل بها على موردها وهو موت الواقعين فى زبيه الأسد بتعلّق أحدهم بالآخر وموت الجميع بجرح الأسد وفى غيره يؤخذ بمقتضى القواعد.

وقـد ذكر المـاتن قـدس سـره أنّ مقتضـى القاعـده بنـاءً على كون الضـمان على مباشـر الإمساک والتعلّق أنّ تمام ديه الثانى على الأـوّل، وتمـام ديه الثـالث على الثـانى وتمـام ديه الرابـع على الثـالث، وعلى تقـدير التشـريک فى الضـمان بين مباشـر الإمسـاک والمشارک فى الجـذب، يكون على الأوّل ديه ونصف وثلث الديه الكامله لأهل الثانى والنصف لأهل الثالث والثلث لأهل الرابع حيث إنّ دم الأوّل هدر وعليه لأهل الثانى بإمساكه وجذبه إياه إلى الزبيه تمام الديه كما أنّ عليه ضماناً لجذبه الثالث والرابع ولو

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۳۷ ، الباب ۴ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ۲.

۲- (۲) الروضه البهيه (شرح اللمعه) ۱۰ : ۱۶۸.

....

الشَرح:

بغير المباشره ففى الضمان للثالث بالاشتراک مع الثانى فيکون عليه نصف الديه ففى الرابع لاشتراکه مع الثانى والثالث فى الجذب يکون عليه ثلث ديه لأهل الرابع، وعلى هذا الحساب يکون على الثانى نصف الديه لأهل الثالث والثلث لأهل الرابع؛ لأنّ نصف الديه لجذبه الثالث مع الاشتراک مع الأوّل وثلث الديه لأهل الرابع لجذبه إيّاه مع الأوّل والثالث.

والروايه الثانيه ما رواه الکلينى قدس سره عده من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن محمّد بن الحسن بن شمون، عن عبداللّه بن عبدالرحمن الأصمّ، عن مسمع بن عبد الملک، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ قوماً احتفروا زبيه للأسد باليمن فوقع فيها الأسد فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد فوقع فيها رجل فتعلّق بآخر، فتعلّق الآخر بآخر والآخر بآخر فجرحهم الأسد فمنهم من مات من جراحه الأسد ومنهم من أُخرج فمات فتشاجروا فى ذلک حتّى أخذوا السيوف، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : هلمّوا أقضى بينکم فقضى أنّ للأوّل ربع الديه وللثانى ثلث الديه وللثالث نصف الديه وللرابع الديه کامله وجعل ذلک على قبائل الذين ازدحموا فرضى بعض القوم وسخط بعض فرفع ذلک إلى النبى صلى الله عليه و آله وأُخبر بقضاء أميرالمؤمنين عليه السلام فأجازه»(1).

وقد ذکر صاحب الجواهر قدس سره (2) فى توجيه الروايه بحمل حفر الزبيه بقصد العدوان، وحيث إنّ موت الأوّل مستند إلى حفرها وإلى وقوع الثانى والثالث والرابع ووقوعهم عليه نتيجه تعلّقه بالثانى فيکون دمه هدراً بالإضافه إلى الوقوع عليه ويبقى له ربع الديه على الحافر، وأمّا الثلث لأهل الثانى؛ لأنّ موته مستند إلى جذب الأوّل ووقوع الثالث والرابع عليه وحيث إنّ وقوعهما نتيجه جذبه يکون له ثلث الديه

ص :119

1- (1) الکافى 7 : 286 ، الحديث 2.

2- (2) جواهر الکلام 43 : 158.

ولو جـذب إنسـانٌ غيره إلى بئر، فوقع المجـذوب، فمـات الجـاذب بوقوعه عليه، فالجاذب هـدر[١]. ولو مات المجـذوب، ضـمنه الجاذب لاستقلاله بإتلافه. ولو ماتا: فالأوّل هدرٌ، وعليه ديه الثانى فى ماله.

الشَرح:

بجـذب الأوّل وثلثا ديته لاسـتناده إلى جـذبه يكون هـدراً ويكون للثالث نصف الـديه؛ لأنّ موته مسـتند إلى جذب الثانى ووقوع الرابع عليه فبالإضافه إلى وقوع الرابع دمه هـدر، وبالإضافه إلى جـذب الثانى يكون له نصف الـديه، وأمّا الرابع فموته مسـتند إلى الجذب فقط فيكون له الديه كامله.

ولكن لا يخفى ما فى التوجيه فإنّ ظاهر الروايه فرض حفر الزبيه للأسد فلا عدوان فيه، وإنّ موتهم ولا أقل بعضـهم بجرح الأسـد لا وقوع الآخرين عليه، ولأنّ موت الثالث مستند إلى جذب الأوّل والثانى ووقوع الرابع عليه فيكون إحدى الجنايات الثلاث هدراً فمن فعله فلابدّ من أن يكون بالحساب المذكور لأهله ثلثا الديه لا نصفها.

أضف إلى ذلـك أنّ ظـاهر الروايه كون مـا ورد فيهـا من الـديه لكـلّ من أهـل المقتولين على الـذين ازدحموا لا ـ أنّ الربع لأهل المقتول الأوّل على حافرى الزبيه، والصحيح أنّ الروايه ضعيفه سنداً؛ لأنّ فيه سهل بن زياد ومحمّد بن الحسن بن شمون وعبداللّه بن عبدالرّحمن الأصمّ وليس فيهم توثيق بل ورد فى كلّ واحد منهم التضعيف، مع كونها معرض عنها عند المشهور.

لو جذب إنسان غيره إلى بئر

[١] هذا فيما إذا مات الجاذب بوقوع المجذوب عليه من غيرتعمّد.

وأمّا إذا تعمّـد بالوقوع عليه ومات الجاذب بذلك من غير قصد قتله يكون على المجذوب نصف الديه فى ماله؛ لأنّ موته مسـتند إلى جذبه الثانى وإلى وقوع المجذوب عليه عمداً.

ولو جذب الثانی ثالثاً، فماتوا بوقوع كلّ واحد منهم على صاحبه، فالأوّل مات بفعله وفعل الثانی فيسقط نصف ديته[۱] ويضمن الثانی النصف، والثانی مات بجذبه الثالث عليه وجذب الأوّل فيضمن الأوّل نصف ديته ولا ضمان على الثالث، وللثالث الديه. فإن رجّحنا المباشره، فديته على الثانی. وإن شرّكنا بين القابض والجاذب، فالديه على الأوّل والثانی نصفين.

ولو جذب الثالث رابعاً، فمات بعض على بعض، فللأوّل ثلثا الديه لأنّه مات بجذبه الثانی عليه، وبجذب الثانی الثالث عليه، وبجذب الثالث الرابع، فيسقط ما قابل فعله ويبقى الثلثان على الثانی والثالث، ولا ضمان على الرابع. وللثانی ثلثا الديه أيضاً، لأنّه مات بجذب الأوّل، وبجذبه الثالث وهو فعل نفسه، وبجذب الثالث الرابع عليه، فيسقط ما قابل فعله ويجب الثلثان على الأوّل والثالث. وللثالث ثلث الديه أيضاً، لأنّه مات بجذبه الرابع، وبجذب الثانی والأوّل له، أمّا الرابع فليس عليه شیء، وله الديه كامله. فإن رجّحنا المباشره فديته عليه. وإن شرّكنا، كانت ديته أثلاثاً بين الأوّل والثانی والثالث.

الشَرح:

كما أنّه إذا مات المجذوب بوقوعه فی البئر يكون ديته على الجاذب لكون التلف مستند إلى الجاذب، بل قد يكون على الجاذب القصاص إذا كان بقصده أو كان الوقوع فيه قاتل عاده.

وممّا ذكر يظهر أنّه إن مات كلّ منهما فالجاذب ديته هدر وعليه ديه المجذوب فی ماله حتّى فيما كان جذبه الثانی بقصد قتله بناءً على أنّ مع تعذّر القصاص ينتقل الحقّ إلى الديه فی مال القاتل.

[۱] لا ـ يخفى أنّ الأوّل وإن مات بفعل نفسه وفعل الثانی حيث جذب الثانی الثالث إلاّ أنّ الأوّل مشترك مع الثانی فی جذبه الثالث حيث إنّه لو لا جذبه الثانی إلى البئر لم يكن جذب الثانی الثالث.

....

الشَرح:

وبتعبير آخر، الأوّل فى جـذبه الثانى مسـتقلّ وفى جـذب الثالث مشترک مع الثانى فنصف ديته هدر بجذبه الثانى والنصف الآخر من الـديه نصـفه أيضـاً هـدر فيكون على الأوّل ثلاثه أرباع ديه للثانى، وعلى الثانى ربع الـديه للأوّل فيقع التهاتر فى الربع فيكون على الأوّل للثانى نصف الديه وديه الثالث كاملاً على الأوّل والثانى بنصفين لاشتراكهما فى جذبه إلى البئر.

ولو جذب الثالث أيضاً الرابع إلى البئر تكون ديه الرابع على الأوّل والثانى والثالث أثلاثاً لاشتراكهم فى جذبه.

ولو جذب الرابع الخامس تكون ديه الخامس على الأربع أرباعاً وهكذا.

وعلى الجمله، لا ـ وجه لترجيـح الجـذب مباشـره على الجـذب بالواسـطه لاسـتناد موت المجـذوب إلى كلا الجـذبين، ففى مسأله السـقوط فى زبيه الأسـد ونحوها ممّا يكون السـقوط موجباً للموت، فمع قطع النظر عن صـحيحه محمّد بن قيس كان موت الثانى بـافتراس الأسـد مسـتنداً إلى تعلّق الأوّل بالثانى فتكون ديته تماماً على الأوّل، كما أنّ موت الثالث بجرحه مسـتنداً إلى تعلّق الأوّل بالثـانى وتعلّق الثـانى بالثـالث فيكون على كـلّ منهمـا نصف الـديه للثـالث، ومع تعلّق الثالث بالرابع تكون تمام الـديه على الأوّل والثانى والثالث أثلاثاً لاستناد موت الرابع إلى الثلاثه وهذا مع التعلّق مع الالتفات، وإلّا يكون الموت من القتل خطاءً فتكون الديه على العاقله، وعلى كلا التقديرين فدم الأوّل هدر لعدم استناد سقوطه إلى غيره.

وعلى ذلك فما ذكره الماتن قدس سـره من أنّ على الأوّل تمام الديه للثانى ونصف الديه للثالث وثلث الديه للرابع، وعلى الثانى نصف الديه للثالث وثلث الديه للرابع وعلى الثالث أيضاً ثلث الديه للرابع بناءً على التشريک صحيح.

....

الشَرح:

ونظير ذلك إسقاط بعضهم بعضاً من شاهق بالتعلّق بحيث يكون السقوط موجباً للموت بحيث لا دخل فى موت الأوّل لفعل الثانى.

وأمّا إذا كان لفعل الثانى دخاله فى موت الأوّل يكون الحكم كما ذكرنا من أنّ للأوّل ربع الديه على الثانى، وعلى الأوّل ثلاثه أرباع الديه للثانى فيقع التهاتر فى ربع الديه فيكون على الأوّل للثانى نصف الديه.

ص :١٢٣

سفید

ص :۱۲۴

النظر الثالث

ص :١٢٥

سفید

ص :۱۲۶

النَّظرُ الثالث

اشاره

فی الجنایه علی الأطراف والمقاصد ثلاثه:

(الأوّل): فی دیه الأعضاء وکلّ ما لا تقدیر فیه، ففیه الأرش[۱].

الشَرح:

النَّظرُ الثالث

المقصد الأوّل: فی دیه الأعضاء

ما لا تقدیر فیه ففیه الأرش

[۱] المراد بالأعضاء أعیانها فإن ثبت فی الجنایه علی عضو الدیه فهو، وإلّا یتعیّن فیه الأرش ویسمّی بالحکومه أیضاً، وقالوا إنّ الحرّ أصل فی دیه الجنایه علی العبد والعبد أصل فی الجنایه علی الحرّ، فیما لم یکن فی تلک الجنایه تقدیر الدیه.

فإن ثبت فی الجنایه علی عضو الحرّ تمام الدیه أو نصفها أو ثلثها وهکذا تکون تلک الجنایه فی العبد موجبه لتمام قیمته أو نصفها أو ثلثها وهکذا.

کما یدلّ علی تبعیه المملوک الحرّ، فی تعیین الدیه مثل معتبره السکونی عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام قال: «جراحات العبید علی نحو جراحات الأحرار فی الثمن»(۱).

وأمّا تعیین أرش الجنایه علی الحرّ یتبع أرش الجنایه علی المملوک، کما إذا کانت الجنایه التی لا تقدیر فیها موجبه لنزول قیمه العبد إلی نصفها أو نزولها إلی ثلثها وهکذا، یکون أرش تلک الجنایه علی الحرّ نصف الدیه أو ثلثها وهکذا.

فهذا وإن کان مشهوراً بین الأصحاب إلّا أنّ إثباته بوجه یعتمد علیه مشکل.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۸، الباب ۸ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۲.

....

الشَرح:

وأشكل من ذلك ما لو لم تكن الجنايه على المملوك بحيث لا توجب نزول قيمته وإن يذكر فى بعض الكلمات أنّ الأمر فى هذه الصوره بيد الحاكم فيأخذ من الجانى مايرى فيه مصلحه.

بل يقال إنّ هذا يجرى حتّى فى الموارد التى تكون الجنايه على المملوك موجبه لنقصان قيمتها فيأخذ الحاكم من الجانى على الحرّ، ما يرى فيه مصلحه.

واستظهر ذلك من صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليد إذا قطعت خمسون من الإبل، وما كان جروحاً دون الاصطلام فيحكم به ذوا عدل منكم ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأُولئك هم الكافرون»(۱).

ووجه الاستظهار أنّ ظاهر قوله عليه السلام : وما كان من الجروح من غير اصطلام وقطع يكون الثابت ما حكم به ذوا عدل، وحيث إنّ الحكم لا ـ يصلح إلاّ ـ من الحاكم يكون المراد أنّ الحاكم فى حكمه يستعين بنظر ذوى عدل وتعيينهما فيكون هو المأخوذ من الجانى.

وفى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: عندنا الجامعه، قلت: وما الجامعه؟ قال: صحيفه فيها كلّ حلال وحرام وكلّ شىء يحتاج إليه الناس حتّى الأرش فى الخدش وضرب بيده إلىّ فقال: أتاذن يا أبا محمد؟ قلت: جعلت فداك إنّما أنا لك فاصنع ما شئت، فغمز نى بيده وقال: حتّى أرش هذا(۲). ويستفاد أيضاً من هذه الصحيفه العفو عن الأرش وجواز الإذن فيما يوجبه إذا كان لغرض صحيح، كما يستفاد من ذلك تعيّن الأرش فى مواردها واقعاً لا أنّ التعيين يدور مدار نظر الحاكم وتعيين ذوى عدل.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۸ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۱۴.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۵۶ ، الباب ۴۸ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

إلّا أن يحمل ما فی صحیحه عبداللّه بن سنان علی صوره عدم وصول التعیین کما لا یبعد أن یکون ذلک مقتضی الجمع العرفی بینهما ویحسب حکم الحاکم کما ذکر صلحاً قهریاً ملزماً للطرفین.

وعلی الجمله، لا مناصّ من الالتزام فی غیر موارد ثبوت الدیه بالأرش المفسّر بالحکومه، لئلا یذهب حقّ امرئ مسلم هدراً، کما ورد ذلک فی موثّقه أبی عبیده قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن أعمی فقأ عین صحیح فقال: «إنّ عمد الأعمی مثل الخطاء هذا فیه الدیه فی ماله فإن لم یکن له مال فالدیه علی الإمام ولا یبطل حقّ امرئ مسلم»(۱) بدعوی أنّ مورد هذه الموثقه وإن کانت الدیه إلّا أنّ التعلیل لثبوتها یجری فی موارد ثبوت الأرش أیضاً.

أقول: ظاهر صحیحه عبداللّه بن سنان أنّ الثابت فی الجراحه التی دون الاصطلام وقطع العضو ما یحکم به ذواعدل ولو بإشراف الحاکم علی ما مرّ، ولکن لا دلاله لها علی أنّ المعیار فی حکمهما أی شیء من ملاحظه الصلاح والمصلحه مع أنّ جهاتها مختلفه بالإضافه إلی حال الجانی والمجنی علیه، فلا بدّ من أن یکون فی البین ملاحظه جهه معیّنه تکون المعیار فی حکمهما، وبما أنّ الأرش داخل فی الدیه وفی الجنایه علی المملوک نسبه نزول قیمته بالجنایه لو لاها، مع ما ورد فی أنّ دیه العبد لا تتجاوز دیه الحرّ، ولو کانت قیمته ضعف دیه الحرّ یحسب قیمته مقدار دیه الحر بلا فرق بین دیه نفسه أو دیه أعضائه، فالجهه المعیّنه التی تصلح ملاحظتها، فی موارد الأرش فی الجنایه علی الحرّ إنّما هی ملاحظه الأرش فی الجنایه علی المملوک.

نعم، إذا لم یمکن التعیین بهذا النحو فمقتضی التعلیل فی موثّقه أبی عبیده

ص: ۱۲۹

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۸۹، الباب ۳۵ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

والتقدیر فی ثمانیه عشر:

(الأوّل): الشـعر وفی شعر الرأس الدیه، وکذا فی شعر اللحیه. فإن نبتا، فقد قیل: فی اللحیه ثلث الدیه، والروایه ضعیفه. والأشبه فیه وفی شعر الرأس الأرش إن نبت، وقال المفید رحمه الله : فی شعر الرأس إن لم ینبت مئه دینار ولا أعلم المستند[۱].

الشَرح:

الحکم بما یراه الحاکم علی ما مرّ من باب قطع المنازعه.

ما فیه تقدیر

الشعر

[۱] التزم قـدس سره بأنّ ثبوت الدیه فی الجنایه علی الأعضاء فی ثمانیه عشر موضعاً، ویتّضح مواضع ثبوتهاو تعدادها بالتعرض إلی موارد ثبوتها، وذکر فی الموضع الأوّل الشعر، فقال فی إزاله شعر الرأس، بحیث لم ینبت بعد ذلک تمام الـدیه وکذا الحال فی إزاله الشـعر اللحیه، وقیل إن نبت شعر اللحیه ففی إزالته ثلث الـدیه والتزم قـدس سره بأنّ الأظهر ثبوت الأرش إذا نبت شـعر اللحیه، وکـذا فی شعر الرأس؛ لأنّ الروایه الـدالّه علی ثبوت ثلث الـدیه إذا نبت شعر اللحیه بعـد إزالته ضعیفه، کما أنّ ما ذکر المفید قدس سره (۱) والصدوق فی موضع من المقنع(۲) من أنّ دیه شعر الرأس إذا لم ینبت مئه دینار، لا یعرف لذلک مستند.

ویستدلّ علی ثبوت الـدیه الکامله فی إزاله شـعر الرأس بحیث لا ینبت بصحیحه سلیمان بن خالـد المرویه فی الفقیه، قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : رجل صبّ ماءً حاراً علی رأس رجل فامتعط شعره فلا ینبت أبداً قال: «علیه الدیه»(۳).

۱- (۱) المقنعه : ۷۵۶.

۲- (۲) المقنع : ۵۳۰.

۳- (۳) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۴۹ ، الحدیث ۵۳۳۰.

....

الشَرح:

ويؤيّد بروايه سلمه بن تمام قال: أهرق رجل قدراً فيها مرق على رأس رجل فذهب شعره فاختصموا فى ذلك إلى علىّ عليه السلام فأجّله سنه فلم ينبت شعره فقضى عليه بالديه(۱).

وبمرسله على بن خالد (على بن حديد) عن بعض رجاله، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قلت: الرجل يدخل الحمام فيصبّ عليه صاحب الحمّام ماءً حارّاً فيمتعط شعر رأسه فلا ينبت فقال: «عليه الديه كامله»(۲).

وقد يناقش فى صحيحه سليمان بن خالد بأنّه رواها الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن جعفر بن بشير، عن هشام بن سالم، عن سليمان بن خالد، وهذا عين سند الفقيه(۳)، هكذا قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل دخل الحمام فصبّ عليه ماء حار فامتعط شعر رأسه ولحيته فلا ينبت أبداً قال: «عليه الديه»(۴) وظاهرها ثبوت الديه فى ذهاب شعر الرأس واللحيه معاً لا فى ذهاب كلّ من شعر الرأس أو اللحيه.

وقد أيّد فى الجواهر روايه الفقيه بما ورد فى إزاله شعر المرأه إذا لم ينبت، حيث ورد أنّ الثابت فيه الديه يعنى ديه المرأه، مضافاً إلى التأييد بروايه سلمه بن تمام ومرسله على بن خالد (على بن حديد) فرجّح أن يكون (الواو) فى روايه التهذيب بمعنى (أو) مع أنّ روايه الفقيه أضبط من روايات التهذيب(۵).

ص: ۱۳۱

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۲ ، الباب ۳۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۱ ، الباب ۳۷ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۳- (۳) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۴۹ ، الحديث ۵۳۳۰.

۴- (۴) التهذيب ۱۰ : ۲۵۰ ، الحديث ۲۴.

۵- (۵) الجواهر ۴۳ : ۱۷۰.

....

الشَرح:

أقول: لا ـ معيّن في البين لكون الروايه في الأصل هو ما رواه في الفقيه، وما ذكروا من روايه سلمه بن تمام والمرسله لا تفيدان شيئاً، ومن المحتمل أن يكون مرجع الضمير في روايه الصدوق: «فامتعط شعره» هو الرجل لا رأس الرجل ولا يكون حينئذ بين الروايتين اختلاف في المدلول، ولا يبعد أيضاً أن يلتزم بأنّ في سقوط شعر الرأس واللحيه بعمل واحد تثبت ديه النفس، وأمّا إذا كان كلّ منهما بعمل منفرداً يثبت الديه لكلّ منهما بقرينه معتبره السكوني حيث ورد فيها ثبوت الديه في حلق اللحيه قال: إنّ عليّاً عليه السلام قضى في اللحيه إذا حلقت فلم تنبت الديه كامله، فإذا نبتت فثلث الديه(1).

وما في عباره الماتن من أنّ «الروايه ضعيفه» لا ـ يمكن المساعده عليه، اللهم إلاّ ـ أن يقال ضعف روايه السكوني من جهه أنّ السكوني روايته عن قضاء علي عليه السلام حيث لم يذكر الواسطه بينه وبين علي عليه السلام لكونها مرفوعه لا من جهه الحسين بن يزيد النوفلي ليقال باعتباره فإنّه من المعاريف، أو أنّ عمل الأصحاب بروايات السكوني مع كون الناقل عنه النوفلي يفيد توثيقه أو لغير ذلك، ويمكن أن يقال لا يثبت من صحيحه هشام بن سالم عن سليمان بن خالد إلاّ ثبوت الديه في ذهاب شعر الرأس واللحيه بعمل واحد، وأمّا في ذهاب كلّ منهما منفرداً فثبوت الديه لكلّ منهما للدليل الدالّ على الأمر العام وهو أنّ كلّ ما من العضو في البدن واحداً ففيه الديه، وما كان اثنان ففيه نصف الديه.

ثمّ إنّ ثبوت الديه الكامله في ذهاب جميع شعر الرأس أو اللحيه، وأمّا إذا كان الذاهب بعضه فقالوا يحسب بمقدار مساحته ولكن لا يبعد الأرش إلاّ إذا كان الباقي بحيث يلحق بالعدم، وعلى ذلك ففي صوره عود الشعر الساقط الأحوط الصلح في

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۱ ، الباب ۳۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

أمّا شعر المرأه ففيه ديتها، ولو نبت ففيه مهرها[۱].

الشَرح:

أرش اللحيه وتعيّن الأرش فی شعر الرأس.

شعر المرأه

[۱] ذكر فی الجواهر(۱) عدم الخلاف فی ذلک إلّا أنّ الإسكافی، جعل فيما نبت شعرها ثلث ديتها(۲).

ويستدلّ على ذلک بروايه عبداللّه بن سنان التی ذكرها الشيخ فی التهذيب فی باب الحد فی القياده، وفی باب ديات الأعضاء والجوارح، ففی الأوّل رواها عن علی بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمّد بن سليمان، عن عبداللّه بن سنان قال: قلت لأبی عبداللّه عليه السلام أخبرنی عن القوّاد ما حدّه؟ قال: لا حدّ على القوّاد، أليس إنّما يعطى الأجر على أن يقود؟ إلی أن قال: قلت: جعلت فداك فما على رجل وثب على امرأه فحلق رأسها؟ قال: يضرب ضرباً وجيعاً ويحبس فی سجن المسلمين حتّى يستبرأ شعرها فإن نبت أُخذ منه مهر نسائها، وإن لم ينبت أُخذ منه الديه كامله خمسه آلاف درهم، قلت: فكيف مهر نسائها إن نبت شعرها؟ فقال: يابن سنان إنّ شعر المرأه وعذرتها شريكان فی الجمال فإذا ذهب بأحدهما وجب لها المهر كاملاً(۳).

ورواها فی ديات الأعضاء بإسناده عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن إبراهيم بن هاشم، عن سليمان المنقری، عن عبداللّه بن سنان قال: قلت لأبی عبداللّه عليه السلام : جعلت فداك ما على رجل وثب على امرأه فحلق رأسها(۴). إلی آخر الحديث كما تقدّم.

۱- (۱) جواهر الكلام ۴۳ : ۱۷۴.

۲- (۲) رياض المسائل ۲ : ۵۴۲ (الطبعه الحجريه).

۳- (۳) التهذيب ۱۰ : ۶۴ ، الحديث الأوّل.

۴- (۴) التهذيب ۱۰ : ۲۶۲ ، الحديث ۶۸.

وفی الحاجبین خمسمئه دینار[۱]،

الشَرح:

والروایه بحسب هذا النقل صحیحه أو موثّقه فإنّ سلیمان المنقری هو سلیمان بن داود المنقری، وإن وقع الشک فی کونه من أصحابنا إلاّ أنّه ثبت له التوثیق، وأمّا محمّد بن سلیمان الواقع فی سند الروایه الأُولی فهو مردّد، ولا بعد فی ثبوت النقل لإبراهیم بن هاشم بواسطه محمّد بن سلیمان تاره وسلیمان بن داود المنقری أُخری.

وأمّا ما فی الوسائل من توصیف محمّد بن سلیمان بالمنقری(۱) فلم یظهر له وجه فإنّه لم یوصف محمّد بن سلیمان بالمنقری لا فی روایه الکلینی ولا فی روایه الشیخ، ولا فی کتب الرجال مذکور.

نعم، وصفه الصدوق قدس سره بالبصری ولکن لم یورد فی الفقیه إلاّ صدرها الناظره إلی حدّ القواد(۲).

وکیف ما کان، فلا بأس بالالتزام بما ذکروه فی دیه شعر رأس المرأه.

شعر الحاجبین

[۱] هذا منسوب إلی أکثر الأصحاب بل إلی المشهور.

ویستدلّ علی ذلک بخبر أبی عمرو المتطبب حیث ورد فی کتاب الفرائض لأمیرالمؤمنین علیه السلام الذی عرضه لأبی عبداللّه علیه السلام : «وإن أُصیب الحاجب فذهب شعره کلّه فدیته نصف دیه العین مئتا دینار وخمسون دیناراً فما أُصیب منه فعلی حساب ذلک»(۳) وقد یناقش فی الروایه بضعف السند.

وفیه لا مجال للمناقشه فی السند فإنّ کتاب الفرائض الوارد فیه هذا الحکم

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۴ ، الباب ۳۰ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۴۷ ، الحدیث ۵۰۶۱.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۹ ، الباب ۲ فی أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

وفی کلّ واحده نصف ذلک، وما أَصیب منه فعلی الحساب[۱]

الشَرح:

عرضه یونس بن عبدالرحمن علی الرضا علیه السلام وکذا الحسن بن فضال فقال علیه السلام : هو حقّ قد کان أمیرالمؤمنین علیه السلام یأمر عماله بذلک، روی ذلک الشیخ والکلینی قدّس سرهما ذلک بسند صحیح عن یونس وابن فضّال قالاً: عرضنا کتاب الفرائض عن أمیرالمؤمنین علیه السلام علی أبی الحسن الرضا علیه السلام قال: هو حقّ(۱).

وبهذا یظهر أنّ ما هو المحکی(۲) عن صاحب الغنیه والإصباح(۳) من أنّ فی ذهاب شعر الحاجبین معاً تمام الدیه وفی ذهاب شعر أحدهما نصف الدیه، لا یمکن المساعده علیه؛ فإنّه لم یرد تحدید الدیه بما ذکرا فی شیء من الروایات، ولعلّهما أخذا بما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان، وغیرها «کلّ ما فی الجسد اثنان ففیها الدیه الکامله وفی أحدهما نصفه وما کان واحد ففیه تمام الدیه»(۴) ولکن ماورد فیها من قبیل المطلق والعامّ فیرفع الید عنهما بالخطاب الخاصّ الوارد فی مورد مع أنّ فی شمول العامّ لمثل الحاجبین ممّا لا یکون من الأعضاء الأصلیّه تأمّلاً کما أشرنا آنفاً.

[۱] قد ورد ذلک فی ذیل الخبر المتقدّم فیتعیّن الأخذ بذلک، بل یذکر أنّ هذا یجری فی إذهاب شعر الرأس واللحیه أیضاً، ولکن قد تقدّم عدم ورود ذلک فی إذهابهما فالمتعین هو الأخذ بالأرش وقد یبادر إلی الذهن أنّ الأرش یثبت فی حلق الرأس أیضاً إذا لم یکن مقروناً بالجنایه علی بشرته کصب الماء الحارّ ونحوه کما کان ذلک مورد النصّ، وأما حلق اللحیه فقد ذکرنا أنّ الروایه ضعیفه لکونها مرفوعه ومع الغمض عن ذلک فلا یبعد أن یکون المراد الحلق مع إذهاب جلد البشره بقرینه ما ورد فیه من فرض أنّه لم ینبت بعد الحلق.

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۲۹۵ ، الحدیث ۲۶ ، والکافی ۷ : ۳۳۰، الحدیث الأوّل، وفیه: هو صحیح.

۲- (۲) حکاه السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج ۲ : ۲۷۱.

۳- (۳) الغنیه: ۴۱۷ ، الإصباح : ۵۰۴.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

وفی الأهداب تردّد.[۱] قال فی المبسوط والخلاف: الدیه إن لم ینبت وفیها مع الأجفان دیتان. والأقرب السقوط حاله الانضمام، والأرش حاله الإنفراد.

وما عدا ذلک من الشعر لا تقدیر فیه، استناداً إلی البراءه الأصلیّه[۲].

الشَرح:

الأهداب

[۱] الأهداب جمع الهدب بالضم والدال المهمله أو المعجمه هو الشعر النابت علی الأجفان وإذا أزال الشعر عن الأجفان الأربعه فهل یکون علیه الدیه أم یثبت الأرش؟ الظاهر هو الثانی لعدم ورود الدیه فیه فی شیء من الروایات.

والاستدلال علی ذلک بما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان وغیرها: «کلّ ما فی الجسد اثنان ففیه الدیه وفی واحد نصف الدیه(۱)» لا تعمّ الأجفان فضلاً عن الشعر النابت فیها فإنّها فی الجسد أربع.

وما حکاه الماتن قدس سره عن الشیخ قدس سره فی الخلاف والمبسوط(۲) لم یعلم له وجه غیر ما ذکرنا من دعوی العموم المشار إلیه.

وأیضاً ما ذکر فیهما أنّه إذا ذهب الأهداب مع الأجفان کما إذا قطع الأجفان یکون علیه دیتان دیه الأهداب ودیه الأجفان لا یمکن المساعده علیه حیث إنّ مع إزاله الأجفان یکون ذهاب الأهداب تبعیاً، یثبت فی قطع الأجفان وشترها، وبما أنّ الدیه المذکوره فی الأجفان أیضاً غیر ثابت علی ما یأتی؛ لأنّ العموم فی صحیحه عبداللّه بن سنان وکذا فی صحیحه هشام لا تعمّ ما فی الجسد أربعه بل یثبت فی شترها وقطعها ما یأتی فی دیتها.

[۲] إنّما تکون البراءه الأصلیّه بالإضافه إلی تقدیر الدیه، وأمّا إذا أُزیل منفرداً وعدّ ذلک عیباً یثبت الأرش والحکومه، بل مطلقاً إذا وقع ذلک قهراً علیه لما تقدّم.(۳)

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ و۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحدیث ۱ و۱۲.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۳۰ ، الخلاف ۵ : ۱۹۷ ، المسأله ۶۷ ، والصفحه ۲۳۶ ، المسأله ۲۵.

۳- (۳) فی الصفحه ۱۲۹.

الثانی: العینان وفیهما الدیه. وفی کلّ واحده نصف الدیه. ویستوی الصحیحه والعمشاء والحولاء والجاحظه[۱].

الشَرح:

نعم، إذا کانت الإزاله تبعاً لإزاله العضو أو جلد البشره کما إذا کشط الجلد لم یکن فیه إلّا دیه قطع العضو أو أرش إزاله الجلد.

دیه العینین

[۱] لا خلاف فی أنّ الثابت فی العینین معاً الدیه الکامله وفی واحده منها نصف الدیه.

ویدلّ علیه صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «ما کان فی الجسد منه اثنان ففیه نصف الدیه مثل الیدین والعینین»(۱).

وصحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یکسر ظهره، قال: «فیه الدیه کامله وفی العینین الدیه، وفی أحدهما نصف الدیه»(۲).

وصحیحه هشام بن سالم، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «کلّ ما کان فی الإنسان اثنان ففیهما الدیه، وفی أحدهما نصف الدیه، وما کان فیه واحد ففیه الدیه»(۳) وهی علی روایه الشیخ(۴) مضمره وعلی روایه الفقیه(۵) مسنده إلی أبی عبداللّه علیه السلام .

ومقتضی الإطلاق فی صحیحتی عبداللّه بن سنان والحلبی عدم الفرق بین العین الصحیحه والعمشاء، والمراد بها العین الضعیفه البصر الذی لا یری صاحبها الأشیاء صافیاً بحیث لضعفها یسیل دمعها کثیراً وبین العین الحولاء والعین

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

۴- (۴) التهذیب ۱۰ : ۲۵۸ ، الحدیث ۵۳.

۵- (۵) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۳۳ ، الحدیث ۵۲۸۸.

وفی الأجفان الدیه[۱]. وفی تقدیر کلّ جفن خلاف. قال فی المبسوط: فی کلّ الشَرح:

الجاحظه والجهراء التی لا تبصر فی الشمس وغیر ذلک.

دیه الأجفان

[۱] ثمّ إنّ الماتن قدس سره تعرض لدیه الأجفان والتزم فی جمیعها الدیه الکامله وقال فی تقدیر الدیه فی کلّ جفن خلاف، قال الشیخ فی المبسوط فی کلّ جفن ربع الدیه(۱) وقال فی الخلاف فی الجفن الأعلی ثلثا الدیه وفی الأسفل الثلث(۲). وفی موضع آخر منه فی الأعلی ثلث الدیه وفی الأسفل النصف.

وعلی ذلک فلو شتر الجفن الأعلی والأسفل من عین واحده تکون دیتهما ناقصه عن دیه العین الواحده بسدس ولا یکون فی شتر الأجفان وقطعها الدیه الکامله بل الثابت الناقص من الدیه الکامله بسدسین.

والمشهور بین الأصحاب أنّ فی شترها جمیعاً أو قطعها کذلک، تمام الدیه استناداً إلی ما تقدم فی أنّ کلّ ما فی الجسد منه اثنان ففیه نصف الدیه وفی الاثنین تمام الدیه.

ولکن شموله للأجفان محلّ تأمّل؛ لأنّ الأجفان أربع لا اثنان.

والأظهر أنّه فی شتر الجفن الأعلی ثلث الدیه وفی السفلی نصف دیه العین کما یشهد بذلک ما ورد فی کتاب الفرائض الذی تقدّم أنّ الکلینی والشیخ رویاه بسند صحیح عن الرضا علیه السلام حیث ورد فیه: «إن أُصیب شفر العین الأعلی فشتر فدیته ثلث دیه العین مئه دینار وسته وستّون دیناراً وثلثا دینار، وإن أُصیب شفر العین الأسفل فشتر فدیته نصف دیه العین مئتا دینار وخمسون دیناراً» الحدیث(۳). وأمّا ما ذکر

۱- (۱) المبسوط ۷ : ۱۳۰.

۲- (۲) الخلاف ۵ : ۲۳۶ ، المسأله ۲۴.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۹ ، الباب ۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

واحد ربع الديه. وفى الخلاف: فى الأعلى ثلثا الديه، وفى الأسفل الثلث. وفى موضع آخر: فى الأعلى ثلث الديه، وفى الأسفل النصف. وينقص على هذا التقدير سدس الديه والقول بهذا كثير. وفى الجنايه على بعضها بحساب ديتها[١].

ولو قلعت مع العينين، لم يتداخل ديتاهما[٢].

الشَرح:

الشيخ قدس سره فى الخلاف من تقدير الديه فى الجفن الأعلى بثلثى الديه وفى الأسفل بالثلث(١).

فلا وجه له أصلاً حيث لم يرد فى روايه، ودعوى الإجماع موهومه.

والمتحصّل بناءً على ما فى كتاب الفرائض تكون ديه الجفن الأعلى والأسفل ناقصاً عن ديه العين الواحده بسدس؛ لأنّ الثلث الذى ديه الأعلى يساوى سدسين والسدسان يضاف إليهما النصف يعنى ثلاثه أسداس فيصير المجموع خمسه أسداس.

فينقص من ديه العين الواحده بسدس، والصحيحه وإن ورد فيها (شتر) إلاّ أنّه لو لم يعمّ قطع الجفن يثبت الحكم فيه بالأولويه.

[١] هذا ورد فى كتاب الفرائض فى ذهاب شعر الحاجبين وكأنّه لا خصوصيّه لهما فيجرى الحكم فى الأجفان أيضاً، ويحتمل رجوع الضمير فيه إلى ما تقدّم فيعمّ الأجفان أيضاً.

[٢] وذلك فإنّ الواقع جنايتان وفى كلّ واحد منهما ديه ولم يقم دليل على التداخل، والأصل أى مقتضى الإطلاق فى خطاب كلّ منهما الثبوت فى كلا فرضى الانضمام والانفراد، وهذا بخلاف الأهداب حيث تذهب بذهاب الجفن فإنّ الأهداب تابعه للأجفان.

١- (١) الخلاف ٥ : ٢٣٦ ، المسأله ٢٤.

وفی العین الصحیحه من الأعور الدیه کامله، إذا کان العور خلقه أو بآفه من اللّه تعالی[۱]. ولو استحق دیتها، کان فی الصحیحه نصف الدیه خمسمئه دینار.

أمّا العوراء ففی خسفها روایتان[۲]، إحداهما ربع الدیه. وهی متروکه والأُخری ثلث الدیه وهی مشهوره، سواء کانت خلقه أو بجنایه جان، ووَهِمَ هنا واهم فتوقَّ زلله.

الشَرح:

العین الصحیحه من الأعور

[۱] هذا التقیید وقع فی کلام المشهور حیث قیّدوا ثبوت الدیه الکامله فی عین الأعور الصحیحه بما إذا کان أعوریته بحسب الخلقه الأصلیّه أو بآفه من اللّه.

وأمّا إذا کان بجنایه الآخر الموجب لاستحقاقه أخذ الدیه فدیه عینه الصحیحه خمسمئه دینار وکأنّه لا فرق بین أخذه الدیه أم لا.

ولکن ما ورد فی أنّ دیه العین الصحیحه من الأعور، الدیه الکامله لم یرد فیه التقیید ولیس فی البین ما یوجبه ففی صحیحه محمّد بن قیس قال: قال أبوجعفر علیه السلام : «قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی رجل أعور أُصیبت عینه الصحیحه ففقئت أن تفقأ إحدی عینی صاحبه ویعقل له نصف الدیه وإن شاء أخذ دیه کامله ویعفی عن عین صاحبه»(۱).

وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی عین الأعور الدیه کامله»(۲) والمراد عینه الصحیحه بقرینه ما تقدّم وما یأتی فی خسف عینه العوراء.

العین العوراء

[۲] المنسوب إلی المشهور أنّ فی خسف العین العوراء أو قلعها ثلث الدیه وإن

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۸۰ ، الباب ۱۷ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۰ ، الباب ۲۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

كان المحكى(۱) عن الشيخ فى النهايه الفرق بين الخسف والقلع فقال فإن قلع العين العوراء التى أُخذت ديتها أو استحقّها ولم يأخذها فنصف الديه وإن خسف بها ولم يقلعها ثلث ديتها(۲).

ولكنّ الظاهر عدم الفرق بينهما لما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذكر الخصى وأُنثيه ثلث الديه»(۳) ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين القلع والخسف كما أنّ مقتضاها عدم الفرق بين كون العور من اللّه سبحانه أو بالجنايه أُخذت ديتها أم لا.

وعن ابن إدريس وإن كان العور من اللّه تعالى فلا خلاف بين أصحابنا أنّ فيها ديتها كامله خمسمئه دينار(۴)، فلم يفرق بين الصحيحه والعوراء ولعل الماتن قدس سره يشير إلى ذلك بقوله ووهم هنا واهم إلخ.

وكيف كان فى مقابل صحيحه بريد، روايتان:

إحداهما روايه عبداللّه بن أبى جعفر، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى العين العوراء تكون قائمه فتخسف؟ فقال: «قضى فيها على بن أبى طالب عليه السلام نصف الديه فى العين الصحيحه»(۵).

وروايه عبداللّه بن سليمان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل فقأ عين رجل ذاهبه وهى قائمه، قال: «عليه ربع ديه العين»(۶) ولكن فى سندهما أبوجميله وهو

۱- (۱) حكاه ابن ادريس فى السرائر ۳ : ۳۸۱.

۲- (۲) لا حظ عباره الشيخ فى النهايه : ۷۶۵.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۴- (۴) السرائر ۳ : ۳۸۲.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۳ ، الباب ۲۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۶- (۶) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۴ ، الباب ۲۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

....

الشَرح:

المفضّل بن صالح ضعيف، وعبداللّه بن سليمان مجهول، وكذا عبداللّه بن أبى جعفر.

وقد ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان أخرس؟ فقال: «إن كان ولدته أُمّه وهو أخرس فعليه ثلث الديه، وإن كان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما كان يتكلّم فإنّ على الذى قطع لسانه ثلث ديه لسانه، قال: وكذلك القضاء فى العينين والجوارح، قال: وهكذا وجدناه فى كتاب علىّ عليه السلام»(۱) فلابدّ من حمل العينين على الاستغراق بمعنى أنّ فى كلّ من العين العوراء أو الأعمى ثلث ديتها.

ثمّ إنّه قد تقدّم أنّ الأعور إذا جنى على البصير فإن كان جنايته عمديّاً يقتصّ منه كما يدلّ على ذلك صحيحه محمّد بن قيس، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : أعور فقأ عين صحيح؟ قال: تفقأ عينه، قال: قلت: يبقى أعمى؟ قال: الحقّ أعماه(۲). ونحوها غيرها.

٠وهذا بخلاف الأعمى فإنّه قد تقدّم أنّه لا يقتصّ من الأعمى، بل تتعلّق به الديه فى ماله كما يدلّ عليه موثّقه أبى عبيده، قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح؟ فقال: «إنّ عمد الأعمى مثل الخطاء هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام»(۳) بل لا يحتاج هذا المورد إلى النصّ والروايه لعدم إمكان القصاص.

ويدل عليه أيضاً صحيحه محمّد الحلبى(۴).

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۷۸ ، الباب ۱۵ من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۸۹ ، الباب ۳۵ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۹ ، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

الثالث: الأنف وفيه الديه كامله إذا استُؤصل[١]. وكذا لو قطع مارنه، وهو ما لانَ منه.

الشَرح:

بقى فى المقام أمر: وهو أنّه إذا كان عين شخص قائمه فقلعها أو خسفها جان وقال المجنى عليه إنّها كانت صحيحه تبصر وادّعى الجانى أنّها كانت قائمه لا تبصر، فالمشهور على أنّه تثبت ديه العين العوراء أى ثلث ديه العين، ويحلف على نفيما يقول المجنى عليه وذلك لأصاله براءه ذمّه الجانى عن الزائد الذى يدّعيه المجنى عليه فيكون منكراً فيحلف.

ولكن يختصّ ذلك بما إذا لم تكن عينه قبل ذلك صحيحه، وإلّا كان مقتضى الاستصحاب كونها صحيحه وأنّ فى قلعها أو خسفها خمسمئه دينار.

بل يأتى عند تعرّض الماتن قدس سره أنّ قول المجنى عليه مطابق لأصاله الصحّه الجاريه فى الإنسان كما يجرى فى غيره فإن لم يكن للجانى طريق إلى إثبات كونها عوراء، يحكم بثبوت ديه العين الصحيحه، ويأتى عند تعرّض الماتن لذلك أنّ الشارع حكم بثبوت خمسمئه دينار فى العين، وقد خرج عن ذلك العين العوراء فيمكن إحراز عدم كونها عوراء بالاستصحاب فى العدم الأزلى، ولا يعارض بالاستصحاب فى عدم كونها صحيحه حيث ذكرنا أنّ الصحّه لم تؤخذ فى موضوع الديه وإثبات كونها عوراء بذلك الاستصحاب من الأصل المثبت.

ديه الأنف

[١] قد ذكر الماتن عليه السلام أنّ الأنف إذا استؤصل أى قطع كلّه أو قطع مارنه وهو ما لان منه أو كسر ففسد ففى كلّ من الفروض الثلاثه تمام الديه لما تقدّم من صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ ما فى الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى أحدهما نصف الديه وما كان فيه واحد ففيه الديه»(١).

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨٧ ، الباب الأوّل، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١٢.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه»(۱).

وصحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی الأنف إذا استؤصل جدعه الدیه» الحدیث(۲).

وفی معتبره زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه»(۳).

وموثّقه سماعه، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع الدیه کامله»(۴).

وفی موثّقته التی رواها الشیخ قال: سألت إلی أن قال وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه کامله(۵).

والمحکی(۶) عن الشیخ علیه السلام فی المبسوط أنّ فی قطع المارن تمام الدیه، وهو أی المارن دون قصبه الأنف فیکون المنخرین والحاجز بینهما إلی القصبه وإذا قطع المارن مع القصبه کان فی المارن الدیه أی کامله ففی القصبه الحکومه.

وحکی ذلک عن الوسیله والعلاّمه فی التحریر والشهید فی الروضه(۷) واختاره فی الریاض(۸).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۶.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۶ ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۷.

۵- (۵) التهذیب ۱۰ : ۲۴۶ ، الحدیث ۸.

۶- (۶) حکاه العلاّمه فی المختلف ۹ : ۴۵۳ ، وانظر المبسوط ۷ : ۹۵ ۹۶.

۷- (۷) حکاه عنهم النجفی فی جواهر الکلام ۴۳ : ۱۹۱. وانظر الوسیله: ۴۴۷ ، والتحریر ۲ : ۲۶۹، (الطبعه الحجریه)، والروضه البهیه ۱۰ : ۲۰۷.

۸- (۸) ریاض المسائل ۲ : ۵۴۴ ، (الطبعه الحجریه).

وكذا لو كسر ففسد[۱].

الشَرح:

ومستندهم أنّه إذا كانت الديه كامله فى المارن فالزائد عنه أى قطع القصبه كلاًّ أو بعضاً جنايه لا تخلوعن عوض وإذا لم تعيّن الديه يكون فيه الأرش والحكومه.

ولكن لا يخفى أنّه إذا كان قطع القصبه بجنايه أُخرى لا يبعد ما ذكروه.

وأمّا إذا كان بجنايه واحده فلا يمكن المساعده عليه لما تقدّم من أنّ قطع الأنف يوجب الديه سواء استؤصل كلّه أو قطع المارن منه كما يظهر ذلك ممّا تقدّم من الروايات خصوصاً صحيحه عبداللّه بن سنان، وموثقه سماعه حيث حدّد فى قطع الأنف الديه، بالديه الكامله اللازمه لها نفى الزائد.

وعلى الجمله، نفى الزائد فى المقام مستفاد من الروايات.

ولو لم يكن فى البين إلّا خصوص الروايات الوارده فى قطع المارن تعيّن القول أيضاً بما ذكر لما دلّ على أنّ كلّ عضو فى البدن واحد ففيه الديه الكامله.

نعم، لو كان قطع القصبه أو شىء منها بجنايه أُخرى تعيّن فيه الحكومه كما ذكرنا ولو لم يكن روايات قطع المارن كان المتعيّن فى قطعه الحكومه اللهم إلّا أن يقال إنّ قطع الأنف الوارد فى الروايات كقطع الذكر يعمّ قطع الكلّ أو البعض.

كسر الأنف

[۱] وجوب الديه كامله فيما إذا انكسر الأنف وفسد ممّا التزم به الشيخان والحلبى وابن حمزه والعلّامه وولده والشهيدان.

وغيرهم بل عن الرياض لم يعلم فيه خلاف ويقال إنّ فساده كالإبانه، وقد ذكر فى الروض أنّ المراد من فساده سقوطه لا صيرورته أشل الذى يأتى حكمه(۱).

۱- (۱) حكاه عنه النجفى فى جواهر الكلام ۴۳ : ۱۹۱. الرياض ۲ : ۵۴۴ ، (الطبعه القديمه).

ولوجبر على غير عيب فمئه دينار[۱].

الشَرح:

وفى الجواهر(۱) ظاهر كلمات الأصحاب أنّ المراد من الفساد أعم من السقوط واستدل قدس سره بما ورد فى صحيحه هشام بن سالم: كلّ ما فى البدن واحد ففيه الديه(۲). فإنّه بإطلاقه يعمّ الإفساد الذى يعدّ من ذهاب العضو.

أقول: لو كان الكسر الموجب للإفساد بحيث أوجب ذهاب الأنف أو المارن منه ففيه الديه كامله لما تقدم، وإلاّ فالحكم بأنّ فيه تمام الديه مشكل ولابد فيه من الرجوع إلى الحكومه.

والاستدلال بالديه كامله مع عدم ذهاب الأنف أو المارن بما ورد فى صحيحه هشام بن سالم لا يمكن المساعده عليه فإنّ ظاهرها ذهاب ما فى البدن لا بقاؤه فيه معيوباً كالعضو المشلول.

لو جبر الأنف على غير عيب

[۱] قد ذكر فى الجواهر بعد نقل ذلك عن جماعه وعن الغنيه الإجماع وأنّه الحجه بعد تبيّنه: يفهم ذلك ممّا ورد فى خبر ظريف من ثبوت المئه فى كسر الظهر إذا جبر على غير عيب من أنّ ذلك كذلك فى كلّ ما كان فى كسره الديه(۳)، أى الديه الكامله وأنّه إذا جبر من غير عيب تكون الديه مئه دينار ويدخل فيه ما نحن فيه.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ ما ورد فى معتبره ظريف أنّ فى كسر الظهر إذا جبر من غير عيب مئه دينار(۴)، وليس فيه أى دلاله على أنّه حكم كلّى فى كلّ ما كان فى كسره الديه كامله، وعلى تقدير الإغماض لم تثبت الديه الكامله فى كسر الأنف

۱- (۱) جواهر الكلام ۴۳ : ۱۹۱ - ۱۹۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۱۲.

۳- (۳) جواهر الكلام ۴۳ : ۱۹۲ ، وانظر الغنيه: ۴۱۷.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفی شلله ثلثا دیته[۱].

الشَرح:

علی ما تقدّم فالمتحصّل المرجع مع البرء وعدمه الحکومه.

شلل الأنف

[۱] هذا الحکم لا یختصّ بشلل الأنف بل ذکر أصحابنا أنّ فی شلل کلّ عضو فیه الدیه أی عین له دیه ففی شلله ثلثا تلک الدیه، وبما أنّ الدیه فی الأنف مقدّر وهو الدیه الکامله إذا استؤصل جدعاً أو قطع مارنه، یکون فی الجنایه الموجبه لشلله ثلثا الدیه الکامله.

ویستدلّ علی القاعده الکلّیه بصحیحه الفضیل بن یسار علی روایه الکلینی قدس سره قال: سألت أباعبداللّه علیه السلام عن الذراع إذا ضرب فانکسر منه الزند، قال: فقال: إذا یبست منه الکفّ فشلّت أصابع الکفّ کلّها فإنّ فیها ثلثی الدیه دیه الید، قال: وإن شلّت بعض الأصابع وبقی بعض فإنّ فی کلّ إصبع شلّت ثلثی دیتها، قال: وکذلک الحکم فی الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(۱).

ووجه الاستدلال أنّ قوله علیه السلام : «وکذلک الحکم فی الساق والبدن» ظاهر عدم خصوصیه للید وأنّ الحکم المذکور جارٍ فی کلّ عضو یکون مشلولاً بالجنایه.

ویمکن أن یستفاد ذلک ممّا ورد فی قطع ذکر الخصی أو أُنثیه من أن فی قطع کلّ منهما ثلث الدیه وکذلک ما ورد فی قطع لسان الأخرس(۲)، بل ما ورد فی قطع الید الشلّاء من أنّ فیها ثلث دیه الید(۳).

وفی روایه الحکم بن عتیبه قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن أصابع الیدین

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۷ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۳.

....

الشَرح:

والرجلين إلى أن قال: وكلّما كان من شلل فهو على الثلث من ديه الصحاح(۱).

ووجه الاستفاده هو أنّ الشلل يوجب ذهاب ثلثى الديه فيكون على الجانى الموجب جنايته الشلل ثلثا الديه.

ولكن فى مقابل ذلك بعض الروايات الدالّه على أنّ فى الجنايه الموجبه لشلل العضو تمام ديه العضو كصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الإصبع عشر الديه إذا قطعت من أصلها أو شلّت»(۲) وموثّقه زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الإصبع عشر من الإبل إذا قطعت من أصلها أو شلت»(۳) وفى صحيحه يونس بن عبدالرحمن الذى عرض على الرضا عليه السلام كتاب الديات: والشلل فى اليدين كلتاهما ألف دينار وشلل الرجلين ألف دينار(۴)، ولكن لابدّ فى المعارضه مع صحيحه الفضيل بن يسار وغيرها حملها على التقيّه؛ لأنّ تساوى الشلل وقطع العضو محكىّ عن بعض العامّه.

لا يقال: كيف تحمل ما فى كتاب ظريف على التقيّه مع أنّ المحكى عن الرضا عليه السلام بسند صحيح أنّه عليه السلام قال: إنّه حق(۵).

فإنّه يقال: إنّ ما ورد فى الصحيح عن الرضا عليه السلام كون الكتاب المسؤول عنه حقاً صدر ما فيه عن أمير المؤمنين عليه السلام وأمّا إنّه لم يكن فيه حكم صدر عن أمير المؤمنين عليه السلام لرعايه التقيّه كما صدر ذلك عن سائر الأئمه عليهم السلام فلا دلاله فيه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۵ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۸ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۸.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۹۰ ، الباب ۲ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۵.

وفی الروثه وهی الحاجز بین المنخرین نصف الدیه[۱]. وقال ابن بابویه: هی مجمع المارن. وقال أهل اللغه هی طرف المارن.

الشَرح:

علی ذلک؛ ولـذا لم یجر دأب العلماء علی تقـدیم ما فیه علی سائر الروایات إذا کانت علی تعارض لما فیه، بل یعمل بما فی هذا الکتاب مع عدم المعارضه أو عدم کون المعارض معتبره فی نفسها.

وربّما یقال بعد تعارض الروایتین یکون المرجع الأصل العملی ومقتضاه الاکتفاء بالثلثین لجریان أصاله البراءه عن ضمان الزائد.

وفیه کون الثلثین متیقناً مبنی علی اعتبار ما دلّ علی أنّ الدیه فی شـلل کلّ عضو ثلثا دیته وإذا سـقط بالمعارضه فلا یمکن الالتزام بأنّ الثلثین متیقّن.

ودعوی أنّ المعارضه بینهما فی لزوم الزائد علی الثلثین وعدم لزومه لا فی أصل لزوم الثلثین.

لا ـ یمکن المساعـده علیهـا فإنّه مبنی علی اعتبار الـدلاله الالتزامیه بعـد سـقوط المتعارضـین عن الاعتبار فی دلالتهما المطابقیّه أو اعتبارهما فی الدلاله التضمنیّه المرتبطه بالدلاله المطابقیّه بعد سقوطهما عن الاعتبار فیها.

دیه الروثه

[۱] المحکی عن جمله من الأصـحاب أنّ فی استئصال الروثه من الأنف نصف الـدیه کما عن الشـیخین وابن حمزه والعلامه وقد نسب هذا القول فی کشف اللثام إلی الأکثر والشهید الثانی فی المسالک إلی المشهور(۱).

ویستدلّ علی ذلک بما فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی الأنف، قال:

۱- (۱) حکـاه النجفی فی جواهر الکلام ۴۳ : ۱۹۵ ، وانظر المقنعـه : ۷۷۶ ، والنهایه : ۷۷۶ ، الوسیله : ۴۴۷ ، إرشاد الأذهان ۲ : ۲۳۷ ، کشف اللثام ۲ : ۴۹۹ (الطبعه القدیمه)، المسالک ۱۵ : ۴۰۹.

وفی أحد المنخرین نصف الدیه، لأنّه إذهاب نصف المنفعه، وهو اختیاره فی المبسوط[۱].

الشَرح:

«فإن قطع روثه الأنف وهی طرفه فـدیته خمسـمئه دینار وإن أنفـذت فیه نافـذه لا تنسـد بسـهم أو رمح فدیته ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاـثون دینـاراً وثلث دینـار، وإن کـانت نافـذه فبرأت والتـأمت فـدیتها خمس دیه (روثه) الأنف مئتا دینار فما أُصـیب منه فعلی حسـاب ذلـک، وإن کـانت نافـذه فی إحـدی المنخرین إلی الخیشـوم وهو الحـاجز بین المنخرین فـدیتها عشـر دیه روثه الأـنف خمسون دیناراً؛ لأنّه النصف، وإن کانت نافذه فی إحدی المنخرین أو الخیشوم إلی المنخر الآخر فدیتها سته وستون دیناراً وثلثا دینار»(۱).

وقد وقع الخلاف فی بیان المراد من الروثه فقد فسّرها الماتن قدس سره بأنّها الحاجز بین المنخرین ولکن فی الصحیحه المتقدّمه قوله علیه صلوات اللّه وسلامه: وإن کانت نافذه فی إحدی المنخرین إلی الخیشوم، وأن الحاجز بینهما هو الخیشوم ویؤید ذلک أنّ ما فی روایه الکلینی قدس سره من تفسیر روثه الأنف بطرفه(۲) هو المراد من الروثه وهو الطرف الـذی یقطر منه دم الرعاف، ولعلّ هذا هو المراد من قول جماعه(۳)، أنّهما مجمع المارن.

وظاهر الشهید قدس سره أنّ فی الروثه بالمعنی المذکور ثلث الدیه لا نصفها لأنّ الأنف له ثلاثه أجزاء فیقسم الدیه علیها(۴).

دیه أحد المنخرین

[۱] إذا قطع من الأنف أحد المنخرین یثبت نصف الدیه عند الشیخ قدس سره علی ما

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۳ ، الباب ۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) الکافی ۷ : ۳۳۰ - ۳۳۱ ، الحدیث ۲.

۳- (۳) منهم ابن بابویه فی من لا یحضره الفقیه ۴ : ۸۱ ، وفخر المحققین فی إیضاح الفوائد ۴ : ۶۸۸.

۴- (۴) مسالک الأفهام ۱۵ : ۴۰۹.

وفی روایه غیاث عن أبی جعفر علیه السلام ، عن أبیه علیه السلام ، عن علی علیه السلام : ثلث الدیه. وکذا فی روایه عبدالرحمن العرزمی، عن أبی جعفر عن أبیه علیهماالسلام ، وفی الروایه ضعف، غیر أن العمل بمضمونها أشبه.

الشَرح:

فی مبسوطه وقد علّل ذلک بأنّ مع قطعه یذهب نصف المنفعه ونصف الجمال فیکون فیه نصف الدیه(۱) لا محاله.

ویضاف إلی ذلک ما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان وصحیحه هشام بن سالم کلّ ما فی الإنسان اثنان ففیهما الدیه وفی أحدهما نصفها(۲) کما فی الأُولی من الصحیحتین.

وفیه أنّ الأنف یعدّ فی الإنسان وغیره عضواً واحداً لا أنّه عضوان.

وأمّا التعلیل المذکور فهو کماتری فإنّ قطع أحد المنخرین مع قطعهما معاً سیّان فی ذهاب الجمال وذهاب نصف المنفعه لا یعدّ ذهاب العضو.

ودعوی الإجماع علیه أو نسبته إلی مذهبنا(۳) أیضاً کماتری فإنّه قد یقال کما عن جماعه بل المحکی(۴) عن ابن زهره الإجماع علی أنّ فیه ربع الدیه(۵)، وهذا أیضاً لا دلیل علیه ولعلّهم حسبوا الأنف أربعه أجزاء.

وقد ذکر الماتن أنّ فی روایه غیاث دیته ثلث الدیه وقد روی فی الوسائل عن الشیخ باسناده، عن محمّد بن أحمد بن یحیی، عن العباس بن معروف، عن الحسن بن محمّد بن یحیی، عن غیاث، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام أنّه قضی

۱- (۱) المبسوط ۷ : ۱۳۱.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ و۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الاعضاء، الحدیث ۱ و۱۲.

۳- (۳) المبسوط ۷ : ۱۳۱.

۴- (۴) حکاه ابن فهد فی المهذب البارع ۵ : ۳۱۸.

۵- (۵) غنیه النزوع : ۴۱۷.

الرابع: الأذنان وفيهما الديه. وفى كلّ واحده نصف الديه[۱].

الشَرح:

فى شحمه الأُذن بثلث ديه الأُذن وفى الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع، وفى كلّ جانب من الأنف ثلث ديه الأنف(۱).

ولا يخفى أنّ السند فى نسخه التهذيب(۲) أيضاً كذلك إلّا أنّ فيه اشتباهاً، والصحيح العباس بن معروف، عن الحسن، عن محمّد بن يحيى، عن غياث؛ لتعدد روايات العباس بن معروف عن الحسن بن محبوب، ومحمّد بن يحيى هو الخزار الذى يروى عن غياث روايات متعدّده، وغياث بن إبراهيم لا بأس به.

ويستفاد ذلک من روايه عبدالرّحمن العرزمى عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام أيضاً أنّه جعل فى السن السوداء ثلث ديتها وفى العين القائمه إذا طمست ثلث ديتها وفى شحمه الأُذن ثلث ديتها، وفى الرجل العرجاء ثلث ديتها وفى خشاش الأنف كلّ واحد ثلث الديه(۳).

ولكن لضعف سندها تصلح للتأييد فقط ووجه ضعفها سنداً أنّه لم يثبت توثيق ليوسف بن الحارث ولا لمحمّد بن عبدالرحمن العرزمى.

نعم، أبوه عبدالرحمن بن محمّد العرزمى ثقه، وفى نسخه الوسائل التى عندى محمّد بن عبدالرحمن بن العرزمى، عن أبيه، عن عبدالرحمن وكلمه (عن) زائده، بل الصحيح عن أبيه عبدالرحمن.

ديه الأُذنين

[۱] بلا خلاف يعرف ويشهد لذلک ما فى صحيحه هشام بن سالم: كلّ ما فى

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۵۱ ، الباب ۴۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) التهذيب ۱۰ : ۲۶۱ ، الحديث ۶۷.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۵۱ ، الباب ۴۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

وفی بعضها بحساب دیتها[۱]

الشَرح:

الإنسان اثنان ففیهما الـدیه وفی أحـدهما نصف الـدیه وما کان فیه واحـد ففیه الدیه(۱). وصـحیحه الحلبی عن أبی عبـداللّه علیه السـلام فی الرجـل یکسـر ظهره، قال: «فیه الـدیه کامله وفی العینین الـدیه، وفی إحـداهما نصف الـدیه، وفی الأُذنین الـدیه، وفی إحداهما نصف الدیه»(۲) الحدیث.

وصـحیحه عبداللّه بن سـنان، عن أبی عبداللّه علیه السـلام فی الأنف إذا استؤصل جذعه الدیه، وفی العین إذا فقئت نصف الدیه، وفی الأُذن إذا قطعت نصف الدیه. الحدیث(۳) إلی غیر ذلک وما حکی(۴) عن بعض المخالفین من أنّ فی قطعها الحکومه؛ لأنّ وجودهما جمال ولا یوجب قطعها انتفاء النفع کماتری.

[۱] بلا خلاف یعرف ولعلّ المراد القطع من غیر الشـحمه ویستدلّ علی ذلک بما فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی الأُذنین إذا قطعت إحداهما فدیتها خمسمئه دینار، وما قطع منها فبحساب ذلک(۵).

ولکن فی موثقه سـماعه، عن أبی عبداللّه علیه السـلام فی الرجل الواحده نصف الدیه، والأُذن نصف الدیه إذا قطعها من أصـلها، وإذا قطع طرفها قیمه عـدل. الحدیث(۶) ولا یبعـد أن یکون المراد حسـاب القیمه بحسب دیتها فلا یختلف مع ما ورد فی کتاب ظریف.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

۴- (۴) حکاه النجفی عن مالک فی جواهر الکلام ۴۳ : ۲۰۱ ، وانظر المدونه الکبری ۶ : ۳۱۳ ، والمغنی (لابن قدامه) ۹ : ۵۹۳.

۵- (۵) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۶ ، الباب ۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۶- (۶) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۷.

وفی شحمتها ثلث دیتها[1]، علی روایه فیها ضعف، لکن یؤیّدها الشهره. قال بعض الأصحاب: وفی خرمها ثلث دیتها، وفسّره واحدٌ بخرم الشحمه، وبثلث دیه الشحمه.

الشَرح:

دیه شحمه الأُذن

[1] قالوا فی شحمه الأُذن ثلث دیتها وذکر الماتن قدس سره أنّ علی ذلک روایه فیها ضعف وقد ورد ذلک فی ذیل روایه غیاث، عن جعفر، عن أبیه، عن علی رحمه الله أنّه قضی فی شحمه الأُذن بثلث دیه الأُذن، وفی الإصبع الزائده ثلث دیه الإصبع وفی کلّ جانب من الأنف ثلث دیه الأنف(1). کما ورد ذلک فی روایه عبدالرحمن العرزمی وتقدّم أنّ روایه غیاث معتبره وروایه عبدالرحمن صالحه للتأیید.

ومثلها فی التایید روایه مسمع، عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ علیاً علیه السلام قضی فی شحمه الأُذن ثلث دیه الأُذن(2). وفی المحکی(3) عن الخلاف أنّ فی شحمه الأُذن ثلث دیه الأُذن وکذلک فی خرمها بدلیل إجماع الفرقه وأخبارها(4).

ومراد الماتن من قوله: وفسّره واحد بخرم الشحمه وإنّ فی خرمها ثلث دیه الشحمه هو ابن ادریس(5).

وعن الریاض أنه أجود لأجمال عبارات الأصحاب والروایات(6) التی یستدلّ بها لحکم المقام کقوله صلوات اللّه وسلامه علیه فی کتاب ظریف: وفی قرحه لا تبرأ

ص: 154

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 351 ، الباب 43 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

2- (2) وسائل الشیعه 29 : 297 ، الباب 7 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.

3- (3) حکاه الحلی فی الأشباه والنظائر : 151.

4- (4) الخلاف 5 : 234 ، المسأله 19.

5- (5) السرائر 3 : 382.

6- (6) ریاض المسائل 2: 544 - 545 (الطبعه القدیمه).

....

الشَرح:

ثلث دیه ذلک العضو الذی هی فیه(۱).

ویؤید بما ورد فی خبر مسمع، عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام قضی فی خرم الأنف ثلث دیه الأنف(۲). بناءً علی عدم الفرق بین خرم الأنف والأُذن.

ویستدلّ علی ذلک أیضاً بروایه معاویه بن عمار، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی کلّ فتق ثلث الدیه»(۳).

ولکن ما فی کتاب ظریف مبنی علی روایه الشیخ(۴).

وأمّا فی روایه الکلینی: وفی قرحه لا تبرأ ثلث دیه العظم الذی هو فیه(۵).

ولکن المناسب ما فی التهذیب حیث إنّ تصحیح معنی ما فی الکافی یحتاج إلی تکلّف بعید، ولو لم یظهر ذلک فاللازم الرجوع إلی الحکومه فإنّ روایه مسمع ضعیفه وارده فی خرم الأنف، ومدلول روایه معاویه بن عمار مع ضعفها ثلث دیه النفس کما هو ظاهر إطلاق (الدیه) المحلّی باللام ولا یمکن الالتزام بذلک فی غیر مثل فتق الأُنثیین الذی موردها.

وعلی الجمله کون الدیه فی خرم الأُذن ثلث دیه الأُذن فی صوره عدم برئه تأمّل ولا یبعد الحکومه.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۱، الباب ۱۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۳، الباب ۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۷، الباب ۳۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۴- (۴) التهذیب ۱۰ : ۲۹۵، الحدیث ۲۶.

۵- (۵) الکافی ۷ : ۳۳۵، ذیل الحدیث ۱۰.

الخامس: الشفتان وفيهما الديه إجماعاً. وفی تقدير ديه كلّ واحدهٍ خلافٌ.

قال فی المبسوط: فی العليا الثلث وفی السفلی الثلثان، وهو خيره المفيد رحمه الله .

وفی الخلاف: فی العليا أربعمئه وفی السفلی ستمئه، وهی روايه أبی جميله عن أبان عن أبی عبداللّه عليه السلام . وذكره ظريف فی كتابه أيضاً[۱]،

الشَرح:

ديه الشفتين

[۱] لا خلاف فی أنّ الديه فی قطعهما معاً تمام ديه النفس.

ويدلّ عليه صحيحه هشام بن سالم وعبداللّه بن سنان فی أنّ كلّ ما فی الجسد اثنان ففيهما الديه(۱). وصحيحه الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: فی الرجل يكسر ظهره قال: فيه الديه إلی أن قال وفی الشفتين الديه(۲). وما فی كتاب ظريف الذی عرضه يونس علی الرضا عليه السلام وكان فيه: فی ذهاب السمع كلّه ألف دينار إلی أن قال والشفتين إذا استؤصلا ألف دينار(۳). هذا فيما إذا قطعا معاً:

وأمّا إذا قطع أحدهما ففی الديه خلاف بين الأصحاب:

الأوّل: ما اختاره المفيد عليه السلام ، والشيخ فی المبسوط(۴) وجماعه(۵) أُخری من أنّ الديه فی العليا الثلث وفی السفلی الثلثان.

الثانی: ما اختاره جمع(۶) من أنّ الديه فی العليا أربعمئه وفی السفلی ستمئه.

الثالث: ما عن بعضٍ(۷) من أنّ الديه فی العليا النصف وفی السفلی ثلثا الديه.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ و۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۱ و۱۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۴.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۴- (۴) المقنعه: ۷۵۵ ، المبسوط ۷ : ۱۳۲.

۵- (۵) منهم ابوالصلاح فی الكافی فی الفقه: ۳۹۸ ، وسلّار فی المراسم: ۲۴۶.

۶- (۶) منهم الصدوق فی المقنع: ۵۱۱ ، والشيخ فی النهايه: ۷۶۶ ، والعلامه فی المختلف ۹ : ۳۷۰.

۷- (۷) حكاه العلّامه عن ابن الجنيد فی مختلف الشيعه ۹ : ۳۶۹ ، ونقله المحقق عن ابن بابويه فی المختصر النافع: ۳۰۰.

....

الشَرح:

والرابع: أنّهما سيّان فی الدیه وظاهر المصنف والمحکی(۱) عن النافع اختیار هذا القول.

ولا یعرف لما ذکره المفید قدس سره إلّا أنّ السفلی لها نفع فی الأکل والشرب فیتعدّد نفعها بخلاف العلیا فإنّها تنفع فی الأکل فتقسط الدیه علی حسب المنافع.

ولکن لا یخفی أنّه علی تقدیره لا یقتضی خروج العضو عن اثنین والدیه علی العضو.

وأمّا القول الثانی وارد فی روایه أبان بن تغلب، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی الشفه السفلی سته آلاف درهم، وفی العلیا أربعه آلاف؛ لأنّ السفلی تمسک الماء»(۲).

وفی سند هذه الروایه أبو جمیله مفضّل بن صالح وهو ضعیف جداً، ولا مجال لدعوی الإجماع أو انجبار ضعفها بعمل المشهور؛ لأنّ المسأله خلافیه علی ما ذکرنا.

وما فی روایه الماتن من أنّه ذکر ظریف فی کتابه غیر تام فإنّ المذکور فی کتاب ظریف أنّ فی العلیا نصف الدیه وفی السفلی الثلثین، وهذا یطابق للقول الثالث، ولکن هذا التحدید أیضاً وإن ورد فی کتاب ظریف إلّا أنّه لا یمکن الالتزام به؛ لأنّ موثقه سماعه تعارضها حیث ورد فیها: والشفتان العلیا والسفلی سواء فی الدیه(۳)، حیث إنّ ظاهرها التسویه فی مقدار الدیه لا فی أصل الدیه کما حملها الشیخ علی

۱- (۱) حکاه السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج ۲ : ۲۸۵ ، وحکاه المحقق عن ابن أبی عقیل وقوّاه فی المختصر النافع: ۳۰۰.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۴ ، الباب ۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۶ - ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۰.

وفی أبی جمیله ضعف[۱].

وقال ابن بابویه: وهو مأثور عن ظریف أیضاً، فی العلیا نصف الـدیه وفی السـفلی الثلثان، وهو نادر، وفیه مع نـدوره زیاده لا معنی لها.

وقال ابن أبی عقیل: هما سواء فی الـدیه، اسـتناداً إلی قولهم علیهم السـلام «کلّ ما فی الجسـد منه اثنان ففیه نصف الـدیه» وهـذا حسن. وفی قطع بعضها بنسبه مساحتها.

وحـدّ الشـفه السـفلی عرضاً، ما تجافی عن اللثه مع طول الفم. والعلیا ما تجافی عن اللثه متّصـلاً بالمنخرین والحاجز مع طول الفم. ولیس حاشیه الشدقین منهما.

الشَرح:

التسویه فی أصل الـدیه لا فی مقـدارها(۱): فـإنّه لو کـان المراد ذلـک لم یکن حـاجه إلی ذکر السواء حتّی یوجب الاختلال فی الظهور بل کان الوارد الشفتین فیهما الدیه.

مع أنّ مـا فی کتـاب ظریف بعیـد من جهه أُخری وهو أنّه إذا ثبت فی قطع الشـفتین، الـدیه فکیف یثبت فیمـا قطعهما فی واقعتین أزیـد من الـدیه بأن قطع فی إحداهما العلیا وفی الأُخری السـفلی إلّا أن یراد بشـرط عدم لحوق قطع الأُخری أو ما إذا کان القطع من آخر، وقـد تقـدّم أنّ قول الرضـا علیه السـلام فی عرضه علیه: «نعم، هو حق»(۲) نـاظر إلی کونه صواباً بحسب النقل عن علی علیه السلام لا أنّه ما نقل بحسب المضمون مطابق للحکم الواقعی بحیث لم یصدر منه شیء برعایه التقیّه أو نحوها.

الأقوال فی دیه الشفه

[۱] والحاصل أنّ فی المسأله أی فی تقدیر دیه الشفه العلیا والشفه السفلی أربعه أقوال:

الأوّل: أنّ دیه قطع العلیا ثلث الدیه ودیه قطع السفلی الثلثان وهذا هو

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۲۴۶ ، ذیل الحدیث ۸.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۰ ، الباب ۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

....

الشَرح:

المنسوب إلى الشيخ فی المبسوط(۱) ومحکی عنه الإجماع علیه.

والقول الثانی: ذکره فی الخلاف(۲) وهو أن فی الشفه العلیا خمسین من الدیه وفی السفلی ثلاثه أخماس فیکون دیه العلیا أربعمئه دینار والسفلی ستمئه دینار، وهذا التحدید ورد فی روایه أبان بن تغلب(۳) وفی سندها أبو جمیله وهو ضعیف جدّاً.

والقول الثالث: ما قاله ابن بابویه(۴) وهو أنّ دیه العلیا نصف الدیه والسفلی ثلثی الدیه فیلزم علی هذا القول أنّه لو قطعهما یکون دیتها الدیه الکامله وسدسها، وهذا القول کما ذکر الماتن مع ندوره زیاده لا معنی لها.

والقول الرابع: ما قال به أبو عقیل(۵) من أنّهما سواء فی الدیه ویکون فی قطع کلّ منهما نصف الدیه، ویدلّ علیه ما فی صحیحه هشام بن سالم: من أنّ کلّ ما فی الجسد اثنان ففیهما الدیه وفی واحد منهما نصف الدیه(۶) ویدلّ علیه أیضاً ما تقدّم فی موثقه سماعه من أنّ الشفتین العلیا والسفلی سواء فی الدیه(۷).

وما تقدّم أنّ مقتضی المستند المعتمد فی الأقوال هو الالتزام بالقول الرابع.

وما ذکر الماتن قدس سره ما إذا قطع الشفه العلیا أو السفلی بالاستئصال.

وأمّا إذا قطع بعض من إحداهما أو کلتاهما فتعیّن الدیه بملاحظه النسبه کما فی

۱- (۱) المبسوط ۷ : ۱۳۲.

۲- (۲) الخلاف ۳ : ۲۳۸ ، المسأله ۳۰.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۴ ، الباب ۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۴- (۴) حکاه المحقق عنه فی المختصر النافع: ۳۰۰.

۵- (۵) حکاه المحقق عنه فی المختصر النافع: ۳۰۰.

۶- (۶) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

۷- (۷) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۶ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۰.

ولو تقلّصت[۱]، قال الشیخ: فیه دیتها والأقرب الحکومه ولو استرختا فثلثا الدیه.

(السادس): اللسان وفی استئصال الصحیح الدیه[۲]. وفی لسان الأخرس ثلث الدیه. وفیما قطع من لسان الأخرس بحسابه مساحهً.

الشَرح:

غیر الشفه ممّا تقدّم کالأُذن، وقد ورد ذلک فی کتاب ظریف من قوله علیه السلام : وما قطع منها فبحساب ذلک(۱).

ثمّ فسّر الماتن قدس سره الشفله العلیا بما یتباعد عن اللثه عن الضحک ونحوه. ویتّصل بالمنخرین والحاجز بینهما فی طول الفم، کما فسّر الشفه بما تجافی أی تباعد عن اللثه مع طول الفم وذکر أنّ حاشیه الشدقین لیس من الشفتین وکأنّ الشدقین جانبا الفم متّصلین بالوجه.

وفی الجنایه علی حاشیه الشدقین الحکومه علی ما تقدّم من أنّه مقتضی عدم تعیّن الدیه فی أی مورد.

[۱] ذکر قدس سره ولو تقلّصت الشفه أی جمعت بالجنایه وصارت کالیابسه ففی قول الشیخ قدس سره (۲) أنّ دیته دیه استئصال الشفه لذهاب نفعها وصارت تالفه، ولکن الأرجح الرجوع إلی الحکومه، کما أنّه لو جنی علیه فی شفته وصارت مسترخاه التی من الشلل ففیه ثلثا دیه الشفه علی ما تقدّم من أنّ الجنایه علی عضو الموجبه لشلله، فیه ثلثا دیه العضو، وحیث إنّ التقلّص لم یرد فیه تعیین الدیه یرجع إلی الحکومه.

دیه اللسان

[۲] لا خلاف بینهم فی أنّ دیه اللسان الصحیح، الدیه الکامله ویقتضیه ما دلّ

ص: ۱۶۰

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۴ ، الباب ۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۳۲.

أمّا الصحیح فیعتبر بحروف المعجم، وهی ثمانیه وعشرون حرفاً. وفی روایه تسعه وعشرون حرفاً وهی مطرحه. وتبسط الدیه علی الحروف بالسویه، ویؤخذ نصیب مایعدم منها. ویتساوی اللسنیه وغیرها ثقیلها وخفیفها. ولو ذهبت أجمع، وجبت الدیه کامله.

الشَرح:

علی أنّ کلّ ما فی جسد الإنسان واحد ففیه الدیه(۱).

وموثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام حیث ورد فیها: وفی اللسان إذا قطع الدیه کامله(۲). وما فی الصحیحه عن کتاب ظریف: واللسان إذا استؤصل ألف دینار(۳). کما أنه إذا قطع لسان الأخرس یکون فیه ثلث الدیه کما یدلّ علیه صحیحه برید بن معاویه، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «فی لسان الأخرس وعین الأعمی وذکر الخصی واُنثییه ثلث الدیه»(۴).

نعم، فی صحیحه أبی بصیر، عن أبی جعفر علیه السلام قال: سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان رجل أخرس؟ فقال: إن کان ولدته اُمّه وهو أخرس فعلیه ثلث الدیه وإن کان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما کان یتکلّم فإنّ علی الذی قطع لسانه ثلث دیه لسانه، قال: وکذلک القضاء فی العینین والجوارح، قال: وهکذا وجدناه فی کتاب علی علیه السلام (۵) ولکن لم یثبت صحّه نقل: «فعلیه الدیه» المروی عن الفقیه(۶)، بل المروی أیضاً ثلث الدیه، والتفرقه فی الروایه بالتفصیل فی التعرض لما کان خرسه أصلیاً أو عارضیاً لا تدلّ علی صحّه نقل الاختلاف فی الدیه بین الصورتین، بل لعلّ

ص: ۱۶۱

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ - ۲۸۶ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۷.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۵- (۵) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۶- (۶) نقله عنه فی کشف اللثام ۲ : ۴۹۸ ، وانظر من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۴۸ ، الحدیث ۵۳۲۸.

....

الشَرح:

التعرّض كذلك لبيان عدم الفرق بين الصورتين ولا يكون للوهم فى الاختلاف مورد.

هـذا فيمـا إذا قطع الكلّ، وأمّا إذا قطع بعض لسان الأخرس فيكون ديته بحساب مساحه المقطوع من مساحه اللسان على ما تقـدّم فى نظائره.

هذا بالإضافه إلى ما قطع من لسان الأخرس.

وأمّا بالإضافه إلى قطع بعض لسان الصحيح ففيه أقوال:

الأوّل: وهو المنسوب إلى المشهور أن يكون حساب ديته بلحاظ ذهاب منفعته.

الثانى: وهو المنسوب إلى الأردبيلى قدس سره (۱) أن يكون ذهاب مقدار المساحه.

الثالث: كما عن الشهيد الثانى(۲) أكثر الأمرين من ديه المساحه وذهاب المنفعه.

الرابع: أن يكون مجموع الديتين كما احتمله الأردبيلى وقوّاه فى الرياض(۳).

ويستدلّ على القول الأوّل بموثقه سـماعه عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: قلت له: رجل ضـرب لغلام ضـربه فقطع بعض لسانه فأفصح ببعض ولم يفصح ببعض، فقال: يقرأ المعجم فما أفصح به طرح من الديه وما لم يفصح به أُلزم الديه، قال: قلت له: كيف هو؟ قـال: على حسـاب الجمـل: ألف ديته واحـد، والباء ديتها اثنان، والجيم ثلاثه. الحـديث(۴) وظاهرهـا أنّ تعيين ديه المقطوع بحساب ما ذهب من المجنى عليه من التكلّم.

۱- (۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۴ : ۳۷۷.

۲- (۲) مسالك الأفهام ۱۵ : ۴۱۷.

۳- (۳) رياض المسائل ۲ : ۵۴۶ (الطبعه القديمه).

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶۰، الباب ۲ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۷.

....

الشَرح:

وقد يقال إنّ ما ورد فی الروايات من تحديد الديه بمقدار ذهاب منفعه اللسان لم يرد فيها قطع شـیء من العضو أو قطعه، والمراد ممّا فی هذه الموثقه من القطع إتلاف بعض التكلّم لا قطع بعض العضو.

ولكن لا يخفی أنّ ظاهر هـذا الموثّقه هو فصل بعض نفس العضو حيث فرّع ذهاب بعض التكلّم علی قطع بعض لسانه، وتحـديد ديه ذهاب بعض العضو بذهاب بعض التكلّم مقتضاه أنّ فی قطع بعض العضو ديه واحده يتعيّن بمقدار ذهاب التكلّم.

نعم، لو كان قطعه بحيث لم يضـرّ بتكلّمه يتعيّن تقسـيط الديه الكامله علی أجزاء العضو بحسب المساحه؛ لأقتضاء الحكومه ذلك علی ما تقدّم فی قطع بعض لسان الأخرس.

ثمّ إنّه لا تنحصـر منفعه اللسان بالتكلّم فإنّه يكون واسـطه فی إيصال الطعام من داخل الفم إلی الحلق بعد المضغ وغير ذلك، إلاّ أنّ المعيـار فی حسـاب ديه قطعه لا بتمامه حساب ذهاب التكلّم بالحروف، وظاهر الموثّقه عـدم الفرق بين الحروف الخارجه من اللسان والحلق وغيرها وبلا فرق بين ثقيلها وخفيفها ولو ذهبت بقطع البعض، جميعها تلزم الديه الكامله.

ولو قطع ربع اللسان فـذهب نصف التكلّم بالحروف تكون ديته، نصف الـديه الكامله وهكذا، وكيفيه تقسـيم الديه علی الحروف وإن ورد فی ذيل الموثّقه ولكنّها غير صـحيحه قطعاً فإنّها لا تنطبق لا بالدنانير ولا بالدراهم حيث يزيد إذا قسّط بالدنانير ويقلّ إذا قسّط بالدراهم واحتملوا أنّ الحساب الوارد فيه من الراوی لا بالنقل عن الإمام.

بل ما ورد فی معتبره السكونی أنّ الديه سواء كانت بالدراهم أو بالدنانير تقسط

ولو صـار سـريع المنطق أو ازداد سـرعهً، أو كـان ثقيلاًـ فزاد ثقلاًـ فلا تقـدير فيه[١]، وفيه الحكـومه، وكـذا لو نقص، فصـار ينقل الحرف الفاسد إلى الصحيح.

الشَرح:

على ثمانيه وعشـرين حرفاً حيث روى عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال أُتى أمير المؤمنين عليه السـلام برجل ضرب فذهب بعض كلامه وبقى البعض فجعل ديته على حروف المعجم ثمّ قال: تكلّم بالمعجم فما نقص من كلامه فبحساب ذلك والمعجم ثمانيه وعشرون حرفاً، فجعل ثمانيه وعشرين جزءاً فما نقص من كلامه فبحساب ذلك(١).

ولكن فى صـحيحه عبـداللّه بن سـنان، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام فى رجـل ضـرب رجلاًـ بعصـا على رأسه فثقـل لسانه، فقال: «يعرض عليه حروف المعجم فما أفصـح منه به، ومالم يفصـح به كان عليه الديه وهى تسـعه وعشـرون حرفاً»(٢) ولكن فى روايه الصدوق باسـناده عن البزنطى، عن عبداللّه بن سـنان، قال: ثمانيه وعشـرون(٣) ورواها الشـيخ باسـناده عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عيسـى، عن عبـداللّه بن سـنان وهى تسعه وعشـرون حرفاً(۴). ولو فرض التعـارض والتساقـط يكون المعيـار على تسـعه وعشرين؛ لأنّه الأقل والزائد يدفع بأصاله البراءه.

ذهاب سرعه النطق أو ثقله

[١] حاصل ما ذكر قـدس سـره من أنّ تقدير الديه بحسب ذهاب الحروف فيما إذا كان القطع موجباً لذهابها جمله أو بعضاً، وأمّا إذا لم يكن القطع موجباً لذهابها، بل كان المجنى عليه قبل ذلك سـريع النطق فصار نطقه بعد الجنايه أسـرع، أو كان ثقيل النطق وبعدها كان نطقه أثقل فبما أنّه لا تقدير للديه فى الفرض تصل النوبه إلى الحكومه.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۶٠ ، الباب ٢ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۶.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۵٨ ، الباب ٢ من أبواب ديات المنافع، الحديث ٢.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ۴ : ١١٢ ، الحديث ۵٢٢٢.

۴- (۴) التهذيب ١٠ : ٢۶٣ ، الحديث ٧٣.

ولا اعتبار بقدر المقطوع من الصحيح[۱]، بل الاعتبار بما يذهب من الحروف. فلو قطع نصفه فذهب ربع الحروف، فربع الديه. وكذا لو قطع ربع لسانه، فذهب نصف كلامه، فنصف الديه.

ولو جنى آخر، اُعتبر[۲] بما بقى، وأُخذ بنسبه ما ذهب بعد جنايه الأوّل. ولو أعدم واحدٌ كلامه، ثمّ قطعه آخر، كان على الأوّل الديه وعلى الثانى الثلث.

الشَرح:

أقول: إن أُريد هذا الحدوث فى صوره قطع شىء من اللسان فالظاهر أنّ المراد من الحكومه تقدير الديه على المساحه، وإن كان بغير القطع فالتقدير بما يراه الحاكم وألحق الماتن قدس سره بمورد الحكومه ما إذا كان قبل الجنايه يتلفّظ بحرف غلطاً، بأن كان يشبه الراء الملفوظ الغين مضطربه وبعد الجنايه عليه يبدّل الراء إلى حرف آخر صحيح، فإنّه فى هذا لم يكن له التلفّظ بالراء من الأوّل فلا يكون فى تبديل الراء إلى حرف صحيح آخر ديه؛ لأنّه لم ينقص عنه الراء بالجنايه فلابد من أن يكون الرجوع إلى الحكومه.

الاعتبار بما يذهب من الحروف لا القدر المقطوع

[۱] قد تقدّم أنّه إذا قطع شيئاً من لسانه الصحيح وبقطعه ذهب عنه بعض الحروف يكون المعيار فى تقدير الديه مقدار الحروف الذاهبه بالقطع لا مقدار القطع من مساحه اللسان، فلو قطع نصف اللسان فذهب عنه ربع الحروف يكون ديته ربع ديه النفس، وإن قطع ربع لسانه فذهب نصف الحروف من كلامه فنصف الديه.

نعم إذا قطع من لسانه شىء فذهب عنه بعض الحروف المتداوله فى لغته لا ـ من الحروف الثمانيه عشر فالمرجع الحكومه كما تقدّم فى تبديل الغلط من الحرف إلى حرف صحيح آخر.

لو جنى عليه شخصان

[۲] لو جنى عليه فذهب بجنايته بعض الحروف ثمّ جنى عليه شخص آخر

ولو قطع لسـان الطفل، كان فيه الـديه،[۱] لأنّ الأصـل السـلامه. أمّا لو بلغ حـداً، ينطق مثله ولـم ينطق، ففيه ثلث الـديه لغلبه الظن بالآفه. ولو نطق بعد ذلک، تبينا الصـحيحه، واعتبر بعد ذلک بالحروف، وأُلزم الجانى ما نقص عن الجميع، فإن کان بقدر ما أُخذ وإلّا تمم له.

الشَرح:

فتقدير الديه فى الجنايه الثانيه بمقدار ذهاب الحروف الباقيه له بعد الجنايه الأُولى بالإضافه إلى الديه الکامله المنبسطه على تمام حروف ثمانيه وعشرين، فإن ذهب بالجنايه الثانيه ربع تمام الحروف يکون على الجانى ربع الديه الکامله.

ديه لسان الطفل

[۱] وذلک لإطلاق ما ورد فى کتاب ظريف: واللسان إذا استؤصل ألف دينار(۱). الخارج عن ذلک لسان الأخرس حيث إنّه ورد فى صـحيحه بريد بن معاويه، عن أبى جعفر قال: «فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذکر الخصى وأُنثييه ثلث الديه»(۲) ومقتضى أصاله الصحه التى تقدّم اعتبارها عند الشّک فى الصحّه عدم کونه داخلاً فى عنوان الأخرس.

نعم، إذا بلغ حـدّاً ينطق مثله ولم ينطق مع الوثوق والعلم بعـدم تمکّنه من النطق ولو فيما بعد يجرى عليه حکم الأخرس، ولکن لو نطق ولو بعد مدّه تبيّن الصحّه وحينئذ يعيّن ديته بمقدار ذهاب الحروف التى لا يتمکّن من النطق بها.

ولکن لا يخفى أنّ هذا فيما کان القطع من غير استئصال.

وأمّا إذا کان بنحو الاستئصال يتعيّن تمام الـديه من غير فرق بين الصـغير والکبير والتحديـد فى تقـدير الديه بحسب مقدار ذهاب الحروف إنّما هو فيما إذا کان

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

ولو ادّعى الصحيح ذهاب نطقه عند الجنايه، صدق مع القسامه لتعذّر البيّنه.[۱] وفى روايه يضرب لسانه بإبره، فإن خرج الدم أسود صدق وإن خرج أحمر كذب.

الشَرح:

المقطوع بعض اللسان كما هو ظاهر موثقه سماعه حيث إنّ المفروض فى السؤال فيها رجل ضرب غلاماً ضربه فقطع بعض لسانه فأفصح ببعض ولم يفصح ببعض(۱).

لو ادّعى ذهاب نطقه بالجنايه

[۱] يظهر ممّا ذكر الماتن أنّ المجنى عليه فى الفرض يحسب مدّعياً بالإضافه إلى ذهاب النطق فعليه إثبات دعواه، حيث إنّ المتيقّن ثبوت ديه الأخرس كلاًّ أو بعضاً ولكن بما أنّه يتعذّر عليه إقامه البيّنه على دعواه يثبتها بالقسامه، فإنّ الجنايه توجب اللوث على ما تقدّم فى ثبوت الدعوى بالقسامه.

ولكنّ الصحيح على ما ذكرنا سابقاً من أنّ قوله: مطابق لأصاله السلامه ومقتضى أصالتها كونه مدعى عليه، فالجانى هو المدّعى بأنّه لم يكن متمكّناً من التكلّم قبل الجنايه فعليه إثباته وإلاّ فيحلف المجنى عليه على تمكّنه ويستحقّ ديه الصحيح، وقد ورد فيما رواه الشيخ باسناده عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمد بن الوليد، عن محمد بن الفرات، عن الأصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه يضرب بلسانه بإبره فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، وإن خرج الدم أسود فقد صدق(۲). والروايه ضعيفه غير معمول بها فلا موجب لرفع اليد عمّا ذكرنا فإنّ محمّد بن الفرات ضعيف، ومحمّد بن الوليد مشترك وروايتهما عن الأصبغ مرسله.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۵۹ ، الباب ۲ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۴.

۲- (۲) التهذيب ۱۰ : ۲۶۸ ، الحديث ۸۶.

ولو جنى على لسانه فذهب كلامه، ثم عاد، هل تستعاد الديه؟ قال فى المبسوط: نعم، لأنّه لو ذهب لما عاد. وقال فى الخلاف: لا، وهو الأشبه[١].

أمّا لو قلع سن المثغر، فأخذ ديتها ثمّ عادت، لم تستعد ديتها، لأنّ الثانيه غير الأُولى. وكذا لو اتّفق أنّه قطع لسانه فأنبته اللّه تعالى، لأنّ العاده لم تقضِ بعوده، فيكون هبه.

ولو كان للّسان طرفان، فأذهب أحدهما، اعتبر بالحروف، فإن نطق بالجميع فلا ديه، وفيه الأرش لأنّه زياده.

الشَرح:

لو عاد ما جنى عليه

[١] ظاهر الماتن قدس سره أنّه اختار عدم استعاده الديه؛ لأنّ ذهاب الكلام يوجب استحقاق الديه والاستعاده تحتاج إلى دليل كما علّل الشيخ قدس سره عدم جواز الاستعاده بذلك فى الخلاف(١).

ولكن لا ـ يخفى أنّه لابدّ من التفصيل فى المسأله بأنّه إذا كان العود كاشفاً عن كون ذهاب كلامه أمراً عارضيّاً وأنّ قابليّته على التكلّم لم تنعدم بالجنايه المفروضه فتستعاد الديه؛ لأنّ ظاهر ما ورد من ثبوت الديه بذهاب كلامه، هو الذهاب حقيقه لا ما إذا كان أثر الجنايه أمراً عارضاً فارتفع.

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا ضرب الرجل على رأسه فثقل لسانه عرضت عليه حروف المعجم فما لم يفصح به منها يؤدّى بقدر ذلك من المعجم، يقام أصل الديه على المعجم كلّه يعطى بحساب ما لم يفصح به منها(٢). ونحوها غيرها.

١- (١) الخلاف ۵ : ٢۴٢ ، المسأله ٣٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۵٩ ، الباب ٢ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۵.

(السابع): الأسنان وفيها الديه كامله[۱]. وتُقسَّم على ثمانيه وعشرين سناً. اثنى عشر فى مقدّم الفم، وهى ثنيّتان ورباعيّتان ونابان، ومثلها من أسفل. وسته عشر فى مؤخّره وهى: ضاحک وثلاثه أضراس من کلّ جانب، ومثلها من أسفل.

ففى المقادیم ستّمئه دینار، حصّه کلّ سنّ خمسون دیناراً. وفى المآخر أربعمئه دینار، حصّه کلّ ضرس خمسه وعشرون دیناراً.

الشَرح:

نعم، إذا کان العود بحیث کان ذهاب القابلیه حقیقه لاتستعاد الدیه؛ لأنّ العود هبه جدیده ویعلم ذلک بتشخیص أهل الخبره، ولا فرق فى ذلک بین کون الذهاب فى بعض کلامه أو کلّه.

کما أنّ الظاهر عدم الفرق بین أن تکون الجنایه بقطع بعض لسانه أو بجنایه أُخرى.

نعم، لو کان قطع البعض بحیث عاد کلامه بعود المقدار المقطوع ولم یکن هذا العود أمراً متعارفاً وعادیاً فلا یبعد عدم جواز الاستعاده وحساب العود هبه جدیده من اللّه ومثل ذلک عود السنّ من المثغر بعد قلعها.

ثمّ فى صوره عود الکلام وکشفه أنّه لم یذهب حقیقه، تعلّق على الجانى الأرش کما فى سائر الجنایه التى لم یعیّن فیها الدیه.

ومن ذلک یظهر أنّه لو کان اللسان ذا طرفین کالمشقوق فقطع أحدهما دون الآخر فإن نطق بجمیع الحروف فلا دیه مقدّره ویکون فیه الأرش یعنى الحکومه، وإن أوجب انقطاع تکلّمه ببعض الحروف تعیّن الدیه بحساب الحروف التى لم یتمکّن من الإفصاح بها.

دیه الأسنان

[۱] بلا خلاف معروف قدیماً وحدیثاً، ویدلّ على ذلک صحیحه محمّد بن قیس التى رواها فى الفقیه باسناده إلى قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال: قضى فى

....

الشَرح:

الأسنان التى تقسّم عليها الديه أنّها ثمانيه وعشرون سنّاً، ستّه عشر فى مواخير الفم واثنا عشر فى مقاديمه فديه كلّ سنّ من المقاديم إذا كسر حتّى يذهب خمسون ديناراً فيكون ذلك ستّمئه دينار، وديه كلّ سنّ من المواخير إذا كسر حتّى يذهب على النصف من ديه المقاديم خمسه وعشرون ديناراً، فيكون ذلك أربعمئه دينار فذلك ألف دينار، فما نقص فلا ديه له، وما زاد فلا ديه له(۱).

ويدلّ أيضاً على ثبوت الديه الكامله فى ذهاب الأسنان روايه العلاء بن الفضيل، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «وفى أسنان الرجل الديه تامه»(۲).

كما يدلّ على التقسيط الوارد فى صحيحه محمّد بن قيس روايه الحكم بن عتيبه، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام إنّ بعض الناس فى فيه اثنان وثلاثون سنّاً، وبعضهم له ثمانيه وعشرون سنّاً، فعلى كم تقسّم ديه الأسنان؟ فقال: الخلقه إنّما هى ثمانيه وعشرون سنّاً اثنتا عشره فى مقاديم الفم وستّ عشره فى مواخيره، فعلى هذا قسّمت ديه الأسنان فديه كلّ سنّ من المقاديم إذا كسرت حتّى تذهب خمسمئه درهم، فديتها كلّها ستّه آلاف درهم، وفى كلّ سنّ من المواخير إذا كسرت حتّى تذهب فإنّ ديتها مئتان وخمسون درهماً وهى ستّه عشر سنّاً فديتها كلّها أربعه آلاف درهم فجميع ديه المقاديم والمواخير من الأسنان عشره آلاف درهم وإنّما وضعت الديه على هذا فما زاد على ثمانيه وعشرين سنّاً فلا ديه له وما نقص فلا ديه له هكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (۳).

والروايتان لضعف سندهما قابلتان لتأييد الحكم المستفاد من صحيحه

ص: ۱۷۰

۱- (۱) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۳۶ ، الحديث ۵۳۰۰.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۶ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۸.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۳ ، الباب ۳۸ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

....

الشَرح:

محمد بن قیس المتقدّمه.

ولکن فی مقابلها روایات ظاهرها خلاف ما ذکر:

منها ما ورد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: فی الأسنان فی کلّ سنّ خمسون دیناراً والأسنان کلّها سواء کان قبل ذلک یقضی فی الثنیّه خمسون دیناراً، وفی الرباعیه أربعون دیناراً، وفی الناب ثلاثون دیناراً، وفی الضرس خمسه وعشرون دیناراً(۱).

ولا- یمکن حمل المعتبره علی التسویه فی أسنان من المقادیم فیما بینها؛ لأنّ قوله: وفی الضرس خمسه وعشرین، ینافی هذا الحمل کما لا یخفی.

وأصرح منها فی التسویه روایه علی بن أبی حمزه(۲).

وکذا صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: الأسنان کلّها سواء فی کلّ سنّ خمسمئه درهم(۳).

وموثقه سماعه قال: سألته عن الأسنان؟ فقال: «هی سواء فی الدیه»(۴).

والمتعیّن حمل هذه الأخبار علی التقیّه لکون الأسنان سواء فی الدیه وأنّ الدیه فیها فی کلّ سنّ خمسون دیناراً، مذهب العامّه.

أضف إلی ذلک أنّ تقسیط الدیه علی الأسنان یوجب أن تکون دیتها جمیعاً، أزید من دیه النفس یعنی ألف وأربعمئه دینار وهذا أمر لا یحتمل.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۷ ، الباب ۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۴ ، الباب ۳۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۶.
۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۴ ، الباب ۳۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.
۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۴ ، الباب ۳۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

وتستوی البیضاء والسوداء خلقه. وکذا الصفراء[۱] وإن جنی علیها.

الشَرح:

وفی معتبره السکونی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السـلام : «الأسـنان إحدی وثلاثون ثغره فی کلّ ثغره ثلاثه أبعره وخمس بعیر»(۱) ولازم ذلک أن تکون دیتها أقل من دیه النفس مع أنّ مـدلولها خلاف الوجدان فإنّ الثغره فی مابین السّنّین من الأسنان ثلاثین وإن أراد منها موضع السّن وهو اثنان وثلاثون.

لا فرق بین السن البیضاء وغیرها

[۱] ظـاهر المـاتن قـدس سـره التفرقه بین السّن التی صارت سوداء بالجنایه وبین الصـفره التی صارت علیها بالجنایه، وأن اسـتواء السّن السوداء مع البیضـاء فی الـدیه فیمـا إذا کـانت سوداء بحسب الخلقه، وأمّـا إذا صـارت بالجنایه فلا یکون فی قلعه أو کسـره الدیه الأصلیّه للسنّ، بخلاف السّن الصفراء فإنّ دیتها تساوی دیه البیضاء حتّی فیما کانت صفرتها بالجنایه.

وعلّل ذلک فی المبسوط(۲) أنّهـا یعنی الصـفره بالجنایه تکون المقلوعه أو المکسوره تماماً سـنّاً من المقادیم أو المواخیر تکون بهمـا علی الجانی دیتها کالإصـبع إذا لحقها شـین بالجنایه یکون فی قطعها تمام دیه الإصـبع، کما یکون علی من صـیّرها صـفراء بالجنایه الأرش کما هو الحال فی الجانی علی الإصبع حیث أوجد فیها شیناً.

ولکن لاـ یخفی أنّ هـذا الکلاـم بعینه یجری فی الجنـایه علی السنّ حیث صـیّرها سوداء، ومقتضـی الإطلاق فی کسـر السنّ حتّی یذهب أو قلعها عدم الفرق فی ثبوت الدیه الکامله.

نعم، التفرقه بین السوداء خلقهً وما إذا صارت علیهابالجنایه صحیح، ولکنّ

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۴ ، الباب ۳۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۴۱.

....

الشَرح:

المستند صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «السّن إذا ضربت انتظر بها سنه فإن وقعت أُغرم الضارب خمسمئه درهم وإن لم تقع واسودّت أُغرم ثلثی الدیه»(۱).

وهذه الصحیحه وإن کانت مطلقه من حیث کونها من المقادیم أو المواخیر فإن سقطت إلی سنه تکون دیتها خمسمئه درهم إلّا أنّها تحمل علی المقادیم بقرینه ما تقدّم، وبما أنّه لا یحتمل التفرقه بین اسوداد المقادیم أو المواخیر یکون فی اسوداد المواخیر أیضاً ثلثا دیه المواخیر، کما یستفاد من هذه الصحیحه أنّ فی الجنایه علی السنّ السوداء بقلعه أو کسره تماماً ثلث دیه السنّ کما یأتی؛ لأنّ دیه العضو لا تزید علی مجموع الثلث والثلثین.

ولکن یعارضها صحیحه ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی الأسنان فی کلّ سنّ خمسون دیناراً إلی أن قال : فإذا اسودّت السّن إلی الحول ولم تسقط فدیتها دیه الساقطه خمسون دیناراً(۲).

ولاـ یخفی أنّ تعارضهما فی الثلث الآخر من الدیه وبعد تساقطهما فیه یرجع إلی الأصل العملی، ومقتضاه البراءه عن الزائد عن الثلثین ولیس دلالتهما علی وجوب الثلث الآخر وعدم لزومه من قبیل المدلول الالتزامی لمدلولهما المطابقی، بل من قبیل تعارض المدلول التضمّنی لإحداهما مع المدلول الالتزامی للآخر.

ومثلها مرسله أبان، عن بعض أصحابه، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یقول: «إذا اسودّت الثنیه جعل فیها الدیه»(۳) مع أنّها ضعیفه سنداً

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۸ ، الباب ۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۷ ، الباب ۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۸ ، الباب ۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

وليس للزائده ديه إن قلعت منضمّه إلى البواقى. وفيها ثلث ديه الأصلى، لو قلعت منفرده وقيل: فيها الحكومه، والأوّل أظهر[١].

الشَرح:

وقابله للحمل على الثلثين بخلاف ما عن كتاب ظريف.

وأمّا ما أشّرنا إليه من أنّه إذا قلع السّن السوداء أو كسر تماماً يكون عليه ثلث الديه فلما ذكرناه من الوجه.

فقد يقال إنّه وجه استحسانى والوارد فى روايه عجلان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى ديه السنّ الأسود ربع ديه السنّ»(١) وهذه الروايه وإن كانت ضعيفه سنداً إلاّ أنّ فى المروى عن كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام : «فإن سقطت بعد وهى سوداء فديتها اثنا عشر ديناراً ونصف دينار»(٢).

ولكن فى المروى عن الفقيه: «وإن سقطت بعد وهى سوداء فديتها خمسه وعشرون ديناراً»(٣) وبما أنّ روايه عجلان ضعيفه والمروى عن كتاب ظريف مجمل مردّد بين كون الديه ربعاً أو نصفاً يؤخذ بالربع ويدفع الزائد بالأصل فتكون النتيجه ثبوت الربع.

ليس للزائده ديه إن قلعت مع البواقى

[١] والوجه فى كونه أظهر، ما ورد فى أنّ فى قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع الأصليه ويتعدّى منه إلى المقام؛ لأنّ المستفاد منه حكم ديه العضو الزائد، وقد ورد فى موثّقه غياث بن إبراهيم، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه(٤). وقد ورد فى الأصابع أيضاً أنّ الديه تقسّط على عشره

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۴٩ ، الباب ۴٠ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٩٧ - ٢٩٨ ، الباب ٨ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ۴ : ٨٣ ، الحديث ۵١۵٠.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۴۵ ، الباب ٣٩ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٢.

ولو اسودّت بالجنایه ولم تسقط فثلثا دیتها[۱]، وفیها بعد الاسوداد الثلث، علی الأشهر.

الشَرح:

أصابع فما زاد أو نقص فلا دیه له(۱). مقتضی ذلک أنّه إذا قلعت مع سائر الأسنان الأصلیه فلا دیه له وإذا انضمت إلی بعضها فلا یبعد أن یرجع إلی الأرش فإنّ فی الأوّل لا تکون دیتها أزید من دیه النفس بخلاف الثانیه، ومقتضی الجمع أنّ الإصبع الزائده إذا قطعت منضمّه إلی الأصابع الأصلیه فلا دیه له، وإذا قطعت منفرده تکون دیتها ثلث دیه الإصبع الأصلیه ویأتی الکلام فی ذلک.

وعلی کلّ، ففی التعدّی منه إلی المقام إشکال حیث إنّه لیس فی ما ورد فی الإصبع الزائده عموم أو إطلاق ودعوی العلم بعدم الخصوصیه للإصبع الزائده کماتری فالوجه أنّ السّن الزائده إذا قلعت أو کسرت یرجع فیها إلی الحکومه علی ما تقدّم من أنّ ذلک مقتضی القاعده الأوّلیه بعد عدّ الجرح جنایه.

لو اسودّت بالجنایه

[۱] قد تقدّم أنّه ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «السّن إذا ضربت انتظر بها سنه فإن وقعت أُغرم الضارب خمسمئه درهم وإن لم تقع واسودّت أُغرم ثلثی الدیه»(۲).

وقد ذکرنا أنّه ربّما یستفاد منها دیه السنّ التی صارت سوداء إذا قلعت أو کسرت، ثلث الدیه الصحیحه، وفی الاستفاده تأمّل وغایه ما یمکن هو القول بأنّ المستفاد منها أنّه لا تکون دیه السوداء أزید من الثلث حیث یزید علی دیه الأصلیه، وأمّا إنّها الثلث فلا ومقتضی ما تقدّم أنّ دیتها الربع فراجع.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۵ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۸ ، الباب ۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

وفی انصداعها ولم یسقط، ثلثا[۱] دیتها، وفی الروایه ضعف، والحکومه أشبه.

والدیه فی المقلوعه مع سنخها، وهو الثابت منها فی اللثه. ولو کسر ما برز عن اللثه[۲]، فیه تردّد. والأقرب أنّ فیه دیه السن. ولو کسر الظاهر عن اللثه، ثمّ قلع الآخر السنخ، فعلی الأوّل دیه وعلی الثانی حکومه.

الشَرح:

لو انصدعت ولم تسقط

[۱] وذلک فإنّ انصداعها یعتبر من الشلل حیث إنّ شللها تقلقلها وعدم استقرارها ودیه شلل العضو ثلثا دیته، وهذا أی ثبوت ثلثی الدیه وارد فی کلما تهم وذکر الماتن قدس سره وفی الروایه ضعف والحکومه أشبه، واستظهر منها وجود روایه فی انصداع السنّ وقد نوقش فی وجود روایه فیه، وعلی تقدیر وجودها لم یحرز دلالتها علی ذلک حیث إنّ قول الماتن: وفی الروایه ضعف، یشمل ضعف دلالتها أیضاً ولا مجال لدعوی انجبار الضعف بفتوی المشهور لاحتمال استنادهم إلی ما تقدّم من إدخال انصداع السنّ فی شلل العضو، فإن أُحرز دخولها فیه کما إذا لم یکن للسنّ المنصدع نفع إلّا حفظ الجمال فهو، وإلّا کونه شللاً غیر ظاهر فیکون الرجوع إلی الحکومه متعیّناً.

لو کسر ما برز عن اللثه

[۲] لا مجال للتفرقه بین قلع السّن أی إذهابها حتّی بالإضافه إلی مقدار النابت المستور فی اللثه وبین کسر مقدار البارز منها من اللثه فی مساواه الدیه حیث ورد فی قضایا علی علیه السلام التی رواها الصدوق بسند صحیح: قضی فی الأسنان التی تقسّم علیها الدیه أنّها ثمانیه وعشرون سنّاً، سته عشر من مواخیر الفم واثنا عشر فی مقادیمه، فدیه کلّ سنّ من المقادیم إذا کسر حتّی یذهب خمسون دیناراً(۱). وما ورد فی

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۳۶ ، الحدیث ۵۳۰۰.

وينتظر بسن الصغير، فإن نبت لزم الأرش، وإن لم ينبت فديه سن المثغر[۱].

الشَرح:

الأسنان فی کلّ سنّ خمسون يشمل الأُولی منها صوره کسرها والثانيه صوره قلعها حتّی مقدار النابت فياللثه، وعلی ذلک فإن کسر من جنايه مقدار البارز من اللثه ثمّ قلع بجنايه أُخری مقدار الباقی من اللثه يکون علی الأوّل الديه کامله وعلی الثانی الأرش؛ لکونه مورد الحکومه کما ذکر الماتن فی قوله: فعلی من کسر الظاهر من اللثه الديه وعلی قالع السنخ الحکومه.

سنّ الصغير

[۱] ويستدلّ علی ذلک بمرسله جميل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهم السلام فی سنّ الصبی يضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت، قال: ليس عليه قصاص وعليه الأرش(۱). وظاهرها نفی ديه السنّ إذا نبت السّن موضعها ومقتضی الإطلاق عدم الفرق بين أن يکون ذلک قبل أن يصير مثغراً أو بعده.

ولکن مقتضی ظاهر کلام الماتن وقوع الجنايه قبل أن يصير مثغراً وإن کان الکلام فی ذلک الصبی فلا يبعد ما ذکره الماتن؛ لانصراف ما ورد فی ديه السّن إلی السّن من المثغر ولا أقل من سنّ الصبی قبل أن يصير مثغراً ونبتت بعد ذلک.

وأمّا إذا کان النبات أمراً اتفاقياً لکونه مثغراً فالظاهر الديه فإنّ الروايه ضعيفه بإرسالها ولم يعملوا أيضاً بإطلاقها.

وعن جماعه من أنّ ديه سنّ الصبی قبل أن يثغر بعير ولم يفصّلوا بين أن تنبت ثانياً أم لا، واستناداً إلی روايه السکونی، عن أبی عبداللّه عليه السلام أنّ أمير المؤنين عليه السلام قضی فی سنّ الصبی إذا لم يثغر ببعير(۲). وروايه مسمع، عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: إنّ

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۷ ، الباب ۳۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۸ ، الباب ۳۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

ومن الأصحاب من قال: فيها بعيرٌ ولم يفصِّل، وفى الروايه ضعف. ولو أنبت الإنسان فى موضع المقلوعه عظماً فثبت، فقلعه قالع قال الشيخ: لا ديه[۱]، ويقوى أنّ فيه الأرش، لأنّه يستصحب ألماً وشيناً.

(الثامن): العنق وفيه إذا كُسِرَ، فصار الإِنسان أصور، الديه[۲]. وكذا لو جنى عليه بما يمنع الازدراد. ولو زال فلا ديه، وفيه الأرش.

الشَرح:

علياً عليه السلام قضى فى سنّ الصبى قبل أن يثغر بعيراً فى كلّ سنّ(۱).

ولكنّهما ضعيفتان سنداً؛ لأنّ الشيخ(۲) روى روايه السكونى بسنده إلى النوفلى وسنده إليه ضعيف وفى سند روايه مسمع سهل بن زياد وابن شمون والأصم وكلّهم ضعفاء.

[۱] والوجه فى عدم الديه ظاهر لانصراف ما ورد فى ديه السنّ عن المفروض، وأمّا الأرش فهو يثبت فى موارد صدق الجنايه التى لم يرد فيها ديه مقدره.

ديه العنق

[۲] المراد من الأصور أن يكون الإنسان بالجنايه عليه مائل العنق، سواء كان ذلک بالكسر أو بغيره، والماتن عليه السلام وإن ذكر الكسر إلّا أنّه الحقّ ما لم يكن كسره به؛ لأنّ المدرک لهذا الحكم روايه مسمع بن عبد الملک ولم يرد فيها خصوصيّه الكسر حيث روى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : فى القلب إذا أُرعد فطار الديه، وقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : فى الصعر الديه، والصعر أن يثنى عنقه فيصير فى ناحيه(۳).

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۸ ، الباب ۳۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۲- (۲) التهذيب ۱۰ : ۲۶۱ ، الحديث ۶۶.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۳ ، الباب ۱۱ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

والروايه سنداً ضعيفه فإنّه فى سندها مضافاً إلى سهل، محمد بن الحسن بن شمون، عن عبداللّه بن عبدالرحمن الأصم وكلاهما ضعيفان.

وذكر فى الجواهر قدس سره ينجبر السند بما تقدّم(۱) وهو دعوى نفى العلم بالخلاف ودعوى الشيخ الإجماع فى الخلاف(۲).

ولكن لا يخفى أنّ دعوى عدم عرفان الخلاف بين أصحابنا لا يدلّ على اتفاقهم على الحكم فى المسائل التى لم يذكر فى جمله من كتب الأصحاب، ودعوى الإجماعات فى خلاف الشيخ أمرها معروف.

ومع ذلك ورد فى المعتبره من كتاب ظريف: «وفى صدغ الرجل إذا أُصيب فلم يستطع أن يلتفت إلاّ إذا انحرف الرجل نصف الديه خمسمئه دينار فما كان دون ذلك فبحسابه»(۳).

وأيضاً فيه بعد بيان ديه موضّحه الصدر والكتفين والظهر: «وإن اعترى الرجل من ذلك صعر لا يستطيع أن يلتفت فديته خمسمئه دينار»(۴).

قال فى الجواهر(۵) بعد نقل ذلك: إلاّ أنّى لم أجد عاملاً بما فى كتاب ظريف من أصحابنا كالقول بالحكومه المحكى(۶) عن الشافعى وأضاف إلى ذلك دعوى الإجمال فى ما ورد فيه من: «صدع الرجل إذا أُصيب فلم يستطع أن يلتفت إلاّ إذا

۱- (۱) جواهر الكلام ۴۳ : ۲۴۳.

۲- (۲) الخلاف ۵ : ۲۵۳ - ۲۵۴ ، المسأله ۶۲.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۵- (۵) جواهر الكلام ۴۳ : ۲۴۳.

۶- (۶) حكاه الفاضل الهندى فى كشف اللثام ۲ : ۵۰۷ (الطبعه القديمه).

....

الشَرح:

انحرف الرجل»(۱) بـدعوى أنّه كمـا يحتمـل كون صـدغ بـالعين المعجمه مضافاً إلى الرجل بالراء المفتوحه والجيم المضـمومه، كـذلك يحتمل أن يكون بالعين المهمله والرجل بالراء المكسوره والجيم الساكنه، بأن يكون المراد إذا وقعت الصدع على رجل إنسـان فلم يتمكّن من الالتفات ما لم يحوّل رجله يكون فى ذلك خمسـمئه دينار ديه الرجل، وفيه مضافاً إلى نقل الصـدع بالعين المعجمه، أنّه إن كـان الوارد صـدع الرجل فى مقابل اليـد للزم أن يقال وفى صـدع الرجل إذا أُصـيبت بالتأنيث مع أنّ الوارد (إذا أُصيب) والضمير يرجع إلى المجنى عليه.

وكيف كـان، ففى صـعر العنق إذا كـان بحيث لا يتمكّن من الالتفات معه يلتزم بخمسـمئه دينار وإلاّ فبمجرّد ميل الوجه إلى أحد الجانبين لا يوجب إلاّ الرجوع إلى الحكومه.

لا يقال: إنّ ما ورد فى أنّ كلّ ما فى البدن واحد ففيه الديه كامله مقتضاه الالتزام بما ذكر فى الجواهر.

فإنّه يقال: ظاهره قلعه وإفساده لا الجنايه عليه بالكسـر ونحوه؛ ولـذا لم يتمسّك فى المقام إلاّ بروايه مسـمع وكذا فى سائر الجنايه بالكسر ونحوه على سائر الأعضاء.

وألحق المـاتن وغيره بالصـعر الجنـايه على العنق بمـا يمنع من ازدراد سواء مـات الشـخص بـذلك أو عاش ولو بتناول المائعات، ويستفاد ذلك ممّا ذكروا فى الجنايه بـذهاب الـذوق حيث إنّ مقتضاه بالفحوى ثبوت الـديه كامله بـذهاب منفعه الازدراد الذى أعظم من ذهاب الذوق بمراتب.

أقول: لا يبعد أنّه إذا لم يمكنه الازدراد يعدّ هذا فساداً للعضو، ولكن إذا زال كلّ

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

(التاسع): اللحيان وهما العظمان اللذان يُقال لملتقاهما الذقن، ويتّصل طرف كلّ واحد منهما بالإِذن، وفيهما الديه لو قلعا منفردين عن الأسنان[١] كلحيى الطفل، أو من لا أسنان له. ولو قلعا مع الأسنان فديتان. وفى نقصان المضغ مع الجنايه عليهما، أو تصلّبهما، الأرش.

الشَرح:

من الصعر وأمكن الازدراد، يرجع إلى الحكومه للقاعده المشارإليها فى أنّ كلّ جنايه لم يرد فيها ديه يرجع إلى الأرش والحكومه.

ديه اللحيين

[١] بلا خلاف يعرف من أصحابنا ويشهد لذلك ما ورد فى أنّ ما فى الجسد اثنان وفى واحده منهما نصف الديه وما كان واحداً ففيه الديه.

كما يدلّ على ذلك، العموم المزبور الوارد فى صحيحه عبداللّه بن سنان(١)، وصحيحه هشام بن سالم قال: كلّ ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى إحداهما نصف الديه، وما كان فيه واحد ففيه الديه. رواها الصدوق(٢) بإسناده عن هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام.

بل لو لم يكن فى البين إلاّ روايه الشيخ باسناده التى هى مضمره فلا يضرّ الإضمار من هشام بن سالم، وقيّدوا الأصحاب ما ذكر من نصف الديه والديه بما إذا كان قلعهما منفردين عن الأسنان كما فى لحيى الطفل ومن سقطت أسنانه لكبر أو مرض أو قلع قبل ذلك.

وأمّا إذا كان مع الأسنان فللأسنان أيضاً ديه بحسب عدد الأسنان وأوصافها؛ وذلك فإنّ ما ورد من الديه فى الأسنان يعمّ ما كان إزالتها بكسرها أو بقلعها أو بجنايه

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨٣ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ۴ : ١٣٣ ، الحديث ۵٢٨٨.

(العاشر): اليدان وفيهما الديه، وفى كلّ واحده نصف الديه، وحدّهما المعصم. فلو قطعت مع الأصابع، فديه اليد خمسمئه دينار. ولو قطعت الأصابع منفرده فديه الأصابع خمسمئه دينار، ولو قطع معها شىء من الزند، ففى اليد خمسمئه دينار، وفى الزائده الحكومه. ولو قُطِعَت من المرفق أو المنكب قال فيالمبسوط: عندنا فيه مقدّر، محيلاً على التهذيب[۱].

الشَرح:

أُخرى، ولا يجرى فيها ما يأتى فى زوال الأصابع بقطع اليد من الكوع أى الزند أو بإزاله الكفّ بقطع اليد من المرفق ونحوها.

ديه اليدين

[۱] لا ينبغى التأمّل فى أنّ قطع اليد من الزند يوجب نصف الديه إذا كان المقطوع يد واحده وديه النفس إذا قطعتا جميعاً من الزند، ولا فرق بين اليمنى واليسرى وإن كانت اليمنى فى غالب الأشخاص أقوى وأنفع من اليسرى، كما لا فرق بين من لم يكن له إلّا يد واحده أو كان له يدان، بلا فرق بين كون من له يد واحده خلقه أو بالعارض من آفه أو جنايه أو للجهاد فى سبيل اللّه، وإلحاقه بالجنايه على الأعور مطلقاً أو إذا ذهبت إحدى يديه فى سبيل اللّه قياس لا اعتبار به.

وقد حدّد الماتن قدس سره اليد بالمعصم المراد منه الكوع أى الزند مفصل ما بين الكفّ والساعد يعنى الذراع تبعاً لغيره.

وفرّع على ذلك أنّه لو قطعت اليد مع الأصابع فليس إلّا ديه اليد وهى خمسمئه دينار، وعلى ذلك فتاوى الأصحاب بخلاف ما إذا قطعت الأصابع منفرده فإنّ فى قطع أصابع يد واحده نصف الديه، وفى أصابع كلتاهما تمام الديه وقالوا فى وجه ذلك إنّ ما ورد فى قطع يد واحده نصف الديه وفى كلتاهما تمام الديه مقتضى إطلاقها كون الحكم كذلك مع ثبوت الأصابع كما هو الغالب فلا يكون لذهاب الأصابع فى قطع اليد ضمان ديه أُخرى.

....

الشَرح:

وما ذكروه صحيح بالنظر إلى الخطابات الشرعيّه الوارده فى الروايات فى الجنايه على اليد وفى الجنايه على الأصابع.

ثمّ ذكر الماتن تبعاً لجماعه(۱) أنّه لو قطع مع اليد المحدّد بالمعصم الشى من الزند تثبت ديه اليد؛ لأنّ لليد ديه فى الشرع، ولكن بما أنّ المقدار المقطوع من الزند لم يرد فيه الديه فيرجع فيه إلى الحكومه.

ولكن لا يخفى أنّ القطع من شىء من الزند إن لم يكن قطعاً لليد فلا موجب لضمان الكف حيث يكون ذهاب الكفّ تبعاً كذهاب الأصابع بقطع الكف من الزند، وحيث إنّ قطع شىء من الزند لا ديه مقدّره له فيرجع إلى الحكومه كما هو مقتضى تحديد اليد بالمعصم، وأمّا لو بنى على أنّ اليد لو قطع من المرفق أو من المنكب لا يكون فى البين إلاّ ديه يد واحده فإنّ اليد لا ينحصر إطلاقها على المحدود بالمعصم، بل يصدق عليه وعلى المرفق إلى رؤوس الأصابع وعلى العضد من المنكب إلى رؤوسها فلا يكون فى البين إلاّ ضمان ديه يد واحده وأبعاض الذراع وحصول القطع منها لا يوجب غير ضمان ديه اليد، غايه الأمر لا يقتصّ من هذه الجنايه؛ لأنّ رعايه المماثله فى الاقتصاص يمنع عن ذلك على ما تقدّم فى شرائط القصاص فينتقل الأمر إلى الديه.

وهذا بخلاف ما قطع من المرفق أو من المنكب فيمكن فيه رعايه المماثله فى الاقتصاص؛ ولذا يجرى على ذلك جواز الاقتصاص إذا كانت الجنايه عمديه، وإذا لم يكن للمجنى عليه الكفّ بل خصوص الذراع إلى المنكب أو خصوص العضد إلى المنكب فوقع الجنايه عليه فيمكن أن يقال الحكم فى مثل ذلك الحكومه؛ لأنّ مع عدم الكفّ لا يقال على الذراع أو على العضد يد، بل لو قيل بأنّ الذراع أيضاً يد

۱- (۱) ذكر هم النجفى فى جواهر الكلام ۴۳ : ۲۴۶.

ولو كان له يدان على زند، ففيهما الديه وحكومه، لأنّ إحداهما زائده[١].

وتُميّز الأصليه: بانفرادها بالبطش، أو كونها أشدّ بطشاً. فإن تساويا فإحداهما زائده فى الجمله. ولو قطعهما ففى الأصليّه الديه، وفى الزائده حكومه. وقال فى المبسوط: ثلث ديه الأصليه، ولعلّه تشبيه بالسّن والإصبع، فالأقرب الأرش. ويظهر لى فى الذراعين الديه، وكذا فى العضدين، وفى كلّ واحده نصف الديه.

الشَرح:

فشرط المماثله فى القصاص مفقود.

وعلى أى تقدير، فالظاهر ثبوت خمسمئه دينار فى قطع الذراعين والظاهر أنّ ما قال فى المبسوط عندنا فيه مقدّر(١) محيلاً على التهذيب(٢)، أراد ما ذكرنا من أنّ ما ورد فى ديه اليد وأنّها خمسمئه دينار يعمّ ما إذا قطع من الزند أو من المرفق أو من الكفّ فإذاوقع القطع بأى نحو من الأنحاء الثلاثه تثبت خمسمئه دينار، سواء صولح القصاص بالديه أو كان الثابت فى مورد الجنايه الديه.

فى اليد الزائده

[١] تاره تكون اليد الزائده زائده من المفصل أى الزند بحيث يمكن قطع اليد الأصليه دون الزائده، ففى هذا الفرض الحكم كما ذكروا من ثبوت الديه فى اليد الأصليه والحكومه فى الزائده إذا قطعت أيضاً.

وأمّا إذا كانت الزائده متّصله بالكف الأصليه فهى كالإصبع الزائده فيما إذا قطعت اليد من الزند فذهبت الأصابع بالتبع حيث لا تثبت إلّا ديه اليد الأصليه وظاهر الأصحاب كظاهر الماتن الفرض الأوّل حيث قال: لو كان له يدان على زند.

وتمتاز اليد الأصليه فى هذا الفرض عن الزائده التى لا تقدير فى ديتها،

١- (١) المبسوط ٧ : ١۴٣. وفيه: وعندنا أنّ جميع ذلك فيه مقدّر ذكرناه فى تهذيب الأحكام.

٢- (٢) التهذيب ١٠ : ٣٠١ - ٣٠٢.

(الحادی عشر): الأصابع وفی أصابع الیدین الدیه. وکذا فی أصابع الرجلین، وفی کلّ واحده عُشر الدیه[۱]. وقیل: فی الإِبهام ثلث الـدیه، وفی الأربع البواقی الثلثـان بـالسویه. ودیه کـلّ إصـبع مقسومه علی ثلاث أنامـل بـالسویه، عـدا الإِبهام فإنّ دیتها مقسومه بالسویه علی اثنین. وفی الإصـبع الزائده ثلث الأصـلیّه. وفی شلل کلّ واحده ثلثا دیتها، وفی قطعها بعد الشلل الثلث. وکذا لو کان الشلل خِلقهً.

الشَرح:

بانفرادها بالبطش والقوه أو أنّها أشدّ بطشاً کما هو ظاهر عند العرف.

وأمّـا إذا تساویتـا فی البطش والقوه بحیث لاـ تمتـاز إحـداهما عن الأُخری فإن قطعهما للعلم بأنّ الیـد الأصلیه هما الیـدان الیمنی والیسری، فتکون زیاده إحـداهما أی خروجها عن تقدیر الدیه محرزه، ففی النتیجه تثبت خمسـمئه وحکومه فیقطعهما من الرجل ومن المرأه نصف دیه الید من الرجل والحکومه بحیث لا تزید علی دیه یدها الأصلیّه.

وقـد ظهر الحکم فی صوره قطع إحـداهما دون الأُخری فی فرض امتیـاز الیـد الأصـلیّه، وأمّا فی صوره اشـتباهها وقطع إحـداهما فالظاهر الاکتفاء بالحکومه لأصاله براءه ذمه الجانی عن الاشتغال بالزائد.

دیه الأصابع

[۱] ما ذکره قدس سره من أنّ الدیه فی کلّ من أصابع الیدین والرجلین عشـر الدیه هو المنسوب إلی المشـهور من أصحابنا(۱)، وعن جماعه کالشیخ فی الخلاف وابن حمزه فی الوسیله(۲) فی أنّ بین الإبهام وسائر الأصابع فرقاً ویثبت فی قطع الإبهام ثلث دیه الید وفی دیه الأربعه الباقیه سواء فی کلّ منها سدس دیه الید أی تکون دیه الأربعه الباقیه ثلثی دیه الید.

۱- (۱) نسبه الشهید الثانی فی المسالک ۱۵ : ۴۲۸.

۲- (۲) الخلاف ۵ : ۲۴۸ ، المسأله ۵۰ ، والوسیله: ۴۵۲.

....

الشَرح:

ویدلّ علی الأوّل روایات:

منها صـحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الإصبع عشر الدیه إذا قطعت من أصلها أو شلّت، وقال: وسألته عن الأصابع أهنّ سواء فی الدیه؟ قال: نعم(۱).

وصـحیحه عبـداللّه بن سـنان، عن أبی عبدا للّه علیه السـلام ، قال: أصابع الیدین والرجلین سواء فی الدیه فی کلّ إصـبع عشـر من الإبل(۲).

وموثقه سماعه قال: سألته عن الأصابع هل لبعضها علی بعض فضل فی الدیه؟ قال: «هنّ سواء فی الدیه»(۳) إلی غیر ذلک.

وفی معتبره ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام : فی دیه الأصابع والقصب التی فی الکفّ ففی الإبهام إذا قطع ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستون دیناراً وثلثا دینار (۳۲ ۱۶۶) إلی أن قال: وفی الأصابع فی کلّ إصبع سدس دیه الید(۴). وظاهرها أنّ ثلث دیه الید للإبهام وثلثیها للأربع الباقیه.

وعلی ذلک تقع المعارضه بین المعتبره والروایات المتقدّمه المؤیده بغیرها، ومن الظاهر أنّ الشـهره فی الروایه التی تکون مرجّحه لأحـد المتعارضـین علی الآخر أو معیّنه للحجّه عن اللاحجّه لا تجری فی المقام، وإنّما الثابت فی المقام الشـهره فی العمل وهـذه الشهره لیست من المرجّحات.

ویبقی فی البین الترجیح بمخـالفه العامّه وظاهر کلام الشـیخ فی الخلاف بل المحکی عن العامّه أنّهم یلتزمون بأنّ الـدیه فی کلّ إصبع عشر الدیه.

ص: ۱۸۶

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۷ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۶.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲ - ۳۰۳ ، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

قال فی الخلاف: الخلاف فی أصابع الرجلین مثل الخلاف فی أصابع الیدین فی تفضیل الإبهام عندنا وعند الفقهاء هی متساویه(۱). وعلی ذلک فیحمل الروایات المتقدّمه علی التقیّه، وعلی ذلک فإن لم یمکن حمل الصحیحتین والموثّقه علی التقیّه یکون الطائفتان متعارضتین، فإن قطع الجانی تمام أصابع کفّ واحده فالدیه نصف دیه النفس بلا کلام فإنّه مقتضی الطائفتین، بل مقتضی ما ورد: کلّ ما فی الجسد اثنان ففی کلّ نصف الدیه(۲).

وأمّا إذا قطع بعض الأصابع فیقتصر فی دیتها علی الأقل فإن کان إبهاماً فیقتصر علی خمس دیه الید، وإن کان غیرها یقتصر بسدس دیه الید کلّ ذلک لأصاله براءه الذمّه عن الزائد وإن جمع فی القطع بین الإبهام والإصبع یؤخذ خمسان من نصف الدیه؛ لأنّ الاشتغال بالزائد عن ذلک مدفوع بالأصل، ویؤید أنّها صدرت لرعایه التقیّه ما ورد فی صحیحه الحلبی المتقدّمه آنفاً عن أبی عبداللّه علیه السلام : فی الإصبع عشر الدیه إذا قطعت أو شلّت(۳). وعشر الدیه فی الشلل مذهب العامه وعند أصحابنا کما ذکر الماتن قدس سره ثلثا دیه الإصبع.

وفی صحیحه الفضیل بن یسار المرویه فی الکافی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الذراع إذا ضرب فانکسر منه الزند؟ فقال: إذا یبست منه الکفّ فشلّت أصابع الکفّ کلّها فإنّ فیها ثلثی الدیه دیه الید، وإن شلّت بعض الأصابع وبقی بعض فإنّ فی کلّ إصبع شلّت ثلثی دیتها وکذلک الحکم فی الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(۴).

۱- (۱) الخلاف ۵ : ۲۵۰ ، المسأله ۵۴ . وانظر بدایه المجتهد ۲ : ۳۴۶ ، الشرح الکبیر ۹ : ۵۶۷ ، المجموع ۹ : ۱۰۶ ، الأُم ۶ : ۸۰.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۳.

۴- (۴) الکافی ۷ : ۳۲۸ ، الحدیث ۹.

....

الشَرح:

وعن الحلبی فی الکافی: أنّ دیه الإبهام ثلث دیه الید وفی الأربع الباقیه کلّ إصبع دیتها عشر دیه الید، هذا فی أصابع الیدین وأمّا فی أصابع الرجل ففی الجمیع عشر الدیه(۱).

ولا یخفی ما فیه فإنّه إن أراد فی کلّ من الأربعه الباقیه عشر دیه ید واحده یکون المجموع أنقص من دیه ید واحده، وإن أراد عشر دیه الیدین فیزید المجموع علی دیه ید واحده، مضافاً إلی ما تقدّم من التسویه بین دیه الیدین والرجلین بالإضافه إلی أصابعهما وعن إبن زهره فی الغنیه(۲) دیه الإبهام ثلث دیه الید وفی الباقی فی کلّ عشر الدیه بلا فرق بین أصابع الید وأصابع الرجلین. ویردّه ما تقدّم من أنّ ذلک یوجب نقص دیه المجموع عن دیه واحده أو یزید علیها.

وأمّا ما ذکر الماتن قدس سره من أنّ دیه کلّ إصبع مقسومه علی ثلاث أنامل بالسویه غیر الإبهام فإنّ دیتها سواء قیل بأنّها عشر دیه النفس أو ثلث دیه ید واحده تقسم علی اثنین بالسویه ویستدلّ علی ذلک بمعتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام کان یقضی فی کلّ مفصل من الإصبع بثلث عقل تلک الإصبع إلاّ الإبهام فإنّه کان یقضی فی مفصلها بنصف عقل تلک الإبهام؛ لأنّ لها مفصلین(۳).

وظاهرها وإن کان کما ذکر الماتن وغیره، بل قیل لا خلاف فی الحکم إلاّ أنّ ما ورد فی کتاب ظریف: ودیه المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع فدیته خمسه وخمسون دیناراً وثلث دینار إلی أن قال: وفی المفصل الأعلی من الأصابع

۱- (۱) الکافی فی الفقه (للحلبی): ۳۹۸.

۲- (۲) حکاه السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج ۲ : ۳۰۴ ، وانظر الغنیه: ۴۱۸.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۰ ، الباب ۴۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

الأربع إذا قطع سبعه وعشرون ديناراً ونصف وربع ونصف عشر دينار(۱). لا يساعد أن يكون ديه المفصل الأوسط ضعفى ديه المفصل الأولى وديه المفصل الأُولى يزيد عن نصف ضعفى المفصل الاوسط ويجمع بينهما أنّ التسويه الظاهره من المعتبره تقريبيه لا ينافى الاختلاف اليسير الوارد فى كتاب ظريف.

أقول: لا يمكن جعل تساوى ديه شلل اليدين مع ديه النفس قرينه على حمل تعيين عشر من الإبل وأنّ أصابع اليدين والقدمين متساويه فى الديه فى الصحيحتين والموثّقه على التقيّه، فإنّ كون ديه شلل اليدين تمام الديه وارد أيضاً فى كتاب ظريف ولو فرض أنّ الحكم المذكور فيها للتقيّه كما يأتى فلا يكون قرينه أو مؤيّده لكون الحكم فى مورد الكلام من تسويه الأصابع فى الديه الوارد فى الصحيحتين والموثّقه وغيرهما لرعايه التقيّه.

نعم، ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف(۲) من أنّ التسويه مذهب الفقهاء ولكن التفصيل بين ديه الإبهام وسائر الأصابع مذهب أصحابنا.

وأمّا ما ذكره قدس سره من أنّ فى قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع فقد ورد فى معتبره غياث بن إبراهيم، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه(۳). وإطلاقها يعمّ ما إذا كان الإصبع الزائده من اليد أو الرجل.

والروايه معتبره سنداً فإنّ كلاًّ من محمّد بن يحيى الخزّاز الراوى لكتاب غياث بن إبراهيم، وغياث بن إبراهيم موثّق فلا مجال للمناقشه فيها سنداً إلّا عند من يشترط الإيمان فى اعتبار الخبر.

ص: ۱۸۹

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۲ ، الباب ۱۲ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) الخلاف ۵ : ۲۴۸ ، المسأله ۵۰.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۵ - ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

....

الشَرح:

ویدلّ أیضاً علی ذلک ما رواه الشیخ باسناده عن محمّد بن أحمد بن یحیی، عن العباس بن معروف، عن الحسن، عن محمد بن یحیی، عن غیاث، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام : أنّه قضی فی شحمه الأُذن بثلث دیه الأُذن، وفی الإصبع الزائده ثلث دیه الإصبع(۱). الحدیث، والروایه معتبره؛ لأنّ الحسن الذی یروی عنه العباس بن معروف وإن کان مردّداً بین ابن فضّال والحسن بن محبوب والحسن بن محمد الحضرمی وهم الذین یروی عنهم العباس بن معروف إلاّ أنّ کلّهم ثقات، وما فی نسخه الوسائل الحسن بن محمد بن یحیی(۲) غلط؛ لأنّ الراوی عن غیاث بن إبراهیم هو محمّد بن یحیی الخزاز (وهو بتری ثقه) لا الحسن بن محمّد بن یحیی فلفظه (بن) فی نسخه الوسائل مصحّف (عن).

وما ذکره قدس سره من أنّ فی شلل کلّ واحد من الأصابع ثلثی الدیه وفی قطع الإصبع بعد شللها ثلث الدیه یستفاد ممّا تقدّم من صحیحه الفضیل المتقدّمه حیث ورد فیها: فی کلّ إصبع شلّت ثلثی دیتها، قال: وکذلک الحکم فی الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(۳).

وما ذکر قدس سره من أنّ فی قطع الإصبع بعد الشلل ثلث دیتها وهو ممّا لا خلاف فیه بین أصحابنا، یستفاد من روایه الحکم بن عتیبه، عن أبی عبداللّه علیه السلام حیث ورد فی ذیلها: وکلّما کان من شلل فهو علی الثلث من دیه الصحاح(۴).

ومن صحیحه أبی بصیر، عن أبی جعفر علیه السلام قال سأله بعض آل زراره عن رجل

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۲۶۱ ، الحدیث ۶۷.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۱ ، الباب ۴۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۷ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۵.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۵ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

وفی الظِفر إذا لم ینبت عشره دنانیر. وکذا لو نبت أسود. ولو نبت أبیض، کان فیه خمسه دنانیر، وفی الروایه ضعف، غیر أنّها مشهوره وفی روایه عبداللّه بن سنان فی الظفر خمسه دنانیر[۱].

الشَرح:

قطع لسان رجل أخرس؟ فقال: إن کان ولدته اُمّه وهو أخرس فعلیه ثلث الدیه، وإن کان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما کان یتکلّم فإنّ علی الذی قطع لسانه ثلث دیه لسانه، قال: وکذلک القضاء فی العینین والجوارح، قال: وهکذا وجدناه فی کتاب علی علیه السلام (۱). وظاهر أنّ الجنایه علی أیّ عضو مشلول ثلث دیه ذلک العضو إذا کان صحیحاً کما هو مقتضی قوله علیه السلام : وکذلک القضاء، الخ.

دیه الظفر

[۱] المنسوب(۲) إلی المشهور بین الأصحاب أنّ فی قطع الظفر وإزالته بلا فرق بین أظفار الید والرجل تفصیلاً، بمعنی أنّه إذا لم تنبت الظفر أصلاً أو نبت أسود فدیه کلّ ظفر عشره دنانیر وأمّا إذا نبت أبیض فدیته خسمه دنانیر.

واستندوا فی ذلک إلی روایه مسمع، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الظفر إذا قطع ولم ینبت أو خرج أسود فاسداً عشره دنانیر فإن خرج أبیض فخمسه دنانیر»(۳).

ولکن فی سندها مع الغمض عن سهل بن زیاد، محمّد بن الحسن بن شمّون وعبداللّه بن عبدالرحمن الأصم وکلاهما ضعیفان؛ ولذا قال الماتن قدس سره فی سندها ضعف.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) نسبه الشهید الثانی فی الروضه البهیه (شرح اللمعه) ۱۰ : ۲۳۰ ، والأردبیلی فی مجمع الفائده والبرهان ۱۴ : ۴۰۵.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۹ ، الباب ۴۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

ومع ذلک یعارضها صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی الظفر خسمه دنانیر»(۱).

وما عن المروی فی کتاب ظریف: فی کلّ ظفر من أظفار الید خمسه دنانیر(۲)، ومن أظفار الرجل عشره دنانیر(۳).

ولابد من رفع الید عن إطلاق صحیحه عبداللّه بن سنان بما ورد فی کتاب ظریف من حمل خمسه دنانیر علی أظفار الید، وأمّا اظفار الرجل وفی کلّ منها غیر الإبهام عشره دنانیر، وأمّا الإبهام فدیه ظفرها ثلاثون دیناراً حیث ورد ذلک فیما رواه الکلینی باسناده إلی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام وفی ظفره یعنی الإبهام ثلاثون دیناراً وذلک لأنّه ثلث دیه الرجل(۴). حیث یرفع الید بذلک عمّا ورد فیه فی أظفار القدم من قوله: دیه کلّ ظفر عشره دنانیر. فتکون النتیجه أنّ فی أظفار القدم فی ظفر الإبهام ثلاثون، وفی کلّ من غیر الإبهام عشره، وأمّا أظفار الیدین وفی کلّ منها خمسه هذا مع قطع النظر عن روایه مسمع.

وقد یستشکل فیما ورد فی کتاب الظریف بأنّه لا یعمل به لعدم عامل به ولأنّ التعلیل الوارد فیه من قوله: «وذلک لأنّه ثلث دیه الرجل» غیر قابل للتصدیق حیث إنّ الثلثین لا یکون ثلث دیه الرجل.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۰، الباب ۴۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل، قوله فی آخره: وفی ظفر کل إصبع منها خمسه دنانیر.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۸، الباب ۱۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل، قوله فی آخره: ودیه کل ظفر عشره دنانیر.

۴- (۴) الکافی ۷ : ۳۴۱، ذیل الحدیث ۱۱.

(الثانی عشر): الظهر وفیه إذا کُسِرَ الـدیه کامله. وکـذا لو أَصیب فاحـدودب، أو صار بحیث لا یقدر علی القعود[۱]. ولو صَلُح، کان فیه ثلث الدیه. الشَرح:

وأیضاً مـا ورد فی کتـاب ظریف من التفرقه بین أظـافیر الیـد وأظافیر الرجل ینافی ما ورد فی روایات متعـدّده من أنّ أصابع الید والرجلین سواء فی الدیه، ویوجّه ما علیه المشهور بأنّ التفصیل الوارد فی روایه مسمع یوجب حمل صحیحه عبداللّه بن سنان علی صوره نبـات الظفر بعـد ذلـک أبیض فیکون فی کلّ من أظافیر الیـد والرجل مع عـدم نباته أو نباته أسود عشـره دنانیر، وفی نباته أبیض خمسه دنـانیر، وضـعف روایه مسـمع ینجبر بعمـل المشـهور، وأمّـا مـا ورد فی کتـاب ظریف من التفصـیل بین أظـافیر الید والرجل وبین ظفر الإبهام من القدم وسائر أظافیره یترک لعدم عامل به بالالتزام بالدیه فیه کذلک.

أقول: لعـلّ وجه عـدم عملهم بمـا فی کتاب ظریف هو اعتقادهم بأنّ عـدم صـحّه التعلیل فیها والروایات الوارده فی تسویه أصابع الرجلین والیدین فی الدیه مانعان عن العمل بما فیه.

ولکن شـیء منهما لا یمنع عن ذلک؛ لأنّ عدم صـحّه التعلیل لا یوجب رفع الید عن الحکم الوارد فیه ولعلّ عدم صـحّته للاشتباه فی الضبط وکان التعلیل بحیث کان مطابقاً للواقع والروایات الوارده فی التسویه ناظره إلی دیه الأصابع لا أظافیر الأصابع؛ ولذلک ذکر فی بعضـها بأنّ فی کلّ إصـبع عشـر الدیه، وعلی ذلک فالأظهر العمل بما فی صحیحه عبداللّه بن سنان، وما ورد فی المروی عن کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام (۱) کما ذکرنا.

دیه الظهر

[۱] بلا خلاف بین الأصحاب وذکر بعضهم فی دیات کسر الأعضاء ولا یمکن

۱- (۱) تقدمتا فی الصفحه السابقه.

وفی روایه ظریف: إن کُسِرَ الصلب، فجُبِرَ علی غیر عیب فمئه دینار. وإن عثم فألف دینار. ولو کسر، فشلت الرجلان فدیه له، وثلثا دیه للرجلین. وفی الخلاف: لو کسر الصلب فذهب مشیه وجماعه، فدیتان.

الشَرح:

التمسّک فیه بما ورد فی أنّ کلّ ما فی البدن واحد ففیه الدیه حیث إنّ ظاهره إزاله العضو والکسر غیر داخل فیه.

ولکن یشهد لمّا ذکروا صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یکسر ظهره، قال: «فیه الدیه کامله»(۱).

وصحیحه برید العجلی، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل کسر صلبه فلا یستطیع أن یجلس أنّ فیه الدیه»(۲) رواها فی الوسائل عن الکلینی، عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن محبوب، عن أبی سلیمان الحمّار، عن برید العجلی، وأبو سلیمان الحمّار هو داود بن سلیمان ثقه وله کتاب یرویه الحسن بن محبوب.

ومعتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الصلب الدیه»(۳).

وفی موثّقه سماعه، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل الواحده نصف الدیه إلی أن قال: وفی الظهر إذا انکسر حتّی لا ینزل صاحبه الماء الدیه کامله(۴). وربّما یوهم بأنّ الکسر لا یتعلّق بکسره الدیه، بل إذا کان موجباً لعدم إنزال الماء.

ولکن لا یخفی أنّ عدم الإنزال لازم للکسر الذی لا یجبر فهو معرف للکسر وفی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۵ ۳۰۶ ، الباب ۱۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۶ ، الباب ۱۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ - ۲۸۶ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۷.

(الثالث عشر): النخاع وفی قطعه الدیه کامله[۱].

الشَرح:

معتبره یونس أنّه عرض علی أبی الحسن الرضا علیه السلام کتاب الدیات وکان فیه إلی أن قال: وفی الظهر إذا أحدب ألف دینار(۱).

هذا کلّه إذا لم یجبر من غیر عیب وعثم.

وأمّا إذا جبر من غیر عیب فالمنسوب إلی المشهور أو إلی أکثر فیه ثلث الدیه ولم یعرف لذلک مستند یعتمد علیه وقد ورد فی المعتبره عن کتاب ظریف: وإن انکسر الصلب فجبر علی غیر عثم ولا عیب فدیته مئه دینار(۲). فالمتعیّن الأخذ بذلک. ثمّ إنّه إذا کسر الظهر وترتّب علیه شلل الرجلین، سواء جبر أو لم یجبر، یکون مع دیته دیه شللهما وهی ثلثا دیه الرجلین؛ لأنّه مقتضی ما دلّ علی الدیه فی کلّ من کسر الظهر وشلل الرجلین وإن کان کلاهما بفعل واحد، وسیأتی الکلام فی ثبوت الدیات المتعدّده للجنایات المتعدّده التی لکلّ منها دیه أو لبعضها أرش وإن کان کلّها حدثت بفعل واحد.

دیه النخاع

[۱] النخاع هو العصب الأبیض داخل عظم الرقبه المعبر عنه فی کلمات بعض بالخیط الأبیض داخل عظم الرقبه ممتد إلی الصلب، وعن المشهور أنّ دیه قطعه حتّی علی تقدیر عدم موت المجنی علیه بقطعه الدیه الکامله بل ادّعی عدم الخلاف فیه.

ویستدلّ علی ذلک بالإطلاق والعموم فی: أنّ کلّ ما فی الجسد واحد ففیه الدیه ومافیه اثنان ففی واحد منهما نصفها(۳).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۱۱ ، الباب ۱۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

(الرابع عشر): الثديان وفيهما من المرأه ديتها. وفى كلّ واحد نصف ديتها[١]. ولو انقطع لبنهما، ففيه الحكومه، وكذا لو كان اللبن فيهما وتعذّر نزوله. ولو قطعهما مع شىء من جلد الصدر، ففيهما ديتها وفى الزائده حكومه. ولو أجاف مع ذلک الصدر، لزمه ديه الثديين والحكومه وديه الجائفه.

الشَرح:

وقد يقال لو فرض بقاء حياه الإنسان مع قطع نخاعه ففى التمسّک بالعموم والإطلاق المشار إليهما تأمّل فإنّ ظاهرهما إزاله العضو المستقلّ من الجسد والنخاع لا يعدّ عضواً مستقلاًّ، بل من تابع عضو الإنسان والحيوان وهو عظم الفقرات من داخل الرقبه مع أنّ ما دلّ على ثبوت الديه فى العضو إنّما يراد به قطعه وإزالته عن محلّه والقطع مع بقائه فى محلّه لا يدخل فى الإطلاق والعموم؛ ولذا لا يدخل كسر عظم عضو فيهما سواء كان ذلک العضو واحداً أو اثنان ولا يبعد مع فرض بقاء الحياه الرجوع إلى الحكومه.

أقول: إنّما يصحّ الرجوع إلى الحكومه إذا قطع شىء من النخاع، وأمّا إذا قطع بحيث حصل الانفصال ولو فى داخل عظم الرقبه فلا يبعد التمسّک بالإطلاق المشار إليه أو العموم، حيث إنّ إناطه حياه الإنسان والحيوان بعدم قطعه بنحو الانفصال ولو فى داخل الفقره يوجب حسابه عضواً من أعضاء الجسد، ويصدق على قطعه ولو بالنحو المزبور إزالته وإتلافه، كيف وقد ثبت فى قطع المارن من الأنف والحشفه من الذكر تمام الديه مع أنّهما من جزء العضو، وجزء العضو تابع مع أنّه لا تتوقّف حياه الإنسان بشىء منهما، واللّه العالم.

ديه الثديين

[١] بلا خلاف بين أصحابنا ويدلّ على ذلک الإطلاق والعموم فى: أنّ كلّ ما فى الجسد اثنان فى كلّ منهما نصف الديه(١).

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨٣ ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

ولو قطع الحلمتين[۱]، قال فی المبسوط: فیهما الدیه، وفیه إشکال، من حیث إنّ الدیه فی الثديين، والحلمتان بعضهما. أمّا حلمتا الرجل، ففی المبسوط والخلاف فیهما الدیه. وقال ابن بابویه رحمه الله : فی حلمه ثديی الرجل ثمن الدیه مئه وخمسه وعشرون ديناراً. وكذا ذكر الشيخ رحمه الله فی التهذیب عن ظریف. وفی إیجاب الدیه فیهما بُعد. والشیخ أضرب عن روایه ظریف، وتمسّک بالحديث الذی مرّ فی فصل الشفتين.

الشَرح:

أضف إلى ذلك صحيحه أبی بصیر، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين علیه السلام فی رجل قطع ثدی امرأته، قال: أُغرّمه إذن لها نصف الدیه(۱).

ولو انقطع لبنها بذلك يكون فی انقطاعه الحكومه حيث إنّ قطعها أوجبت جنايه لا مقدّر لها فيرجع إلى الحكومه.

ولا ـ فرق فی ذلك بين الانقطاع أو تعذّر نزول اللبن حيث إنّ المرأه إذا صارت حاملاً ـ لم يتكون فی ذلك الثدی اللبن بحيث يستند إلى قطعها.

وكذلك يرجع إلى الحكومه إذا قطع مع قطع الثدی شیء من جلد الصدر حيث إنّ قطع شیء من الجلد لا مقدّر لها يرجع إلى الحكومه، ولو أجاف بقطع الثدی الصدر يثبت مع ديه الثدی ديه الجائفه.

فی الحلمتين

[۱] ولو قطع الحلمتين من ثديی المرأه قال فی المبسوط: فیهما الدیه كامله(۲)، وتبعه العلّامه وابن حمزه وابن إدريس(۳).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۴ ، الباب ۴۶ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۴۸.

۳- (۳) التحرير ۵ : ۵۹۷. والوسيله: ۴۴۲ و ۴۵۰ ، والسرائر ۳ : ۳۹۴.

....

الشَرح:

والمستند فيما ذكروا التمسّک بالإطلاق والعموم المشار إليهما.

وقد أورد على ذلک بأنّ الحلمه جزء من ثدی المرأه وثبوت نصف الدیه فی ثدیها یوجب تقسیطها وتوزیعها على أجزائها، وإلاّ لزم مساواه الجزء مع الکلّ.

ودعوى عدم البأس بمساواه الجزء مع الکلّ وقد ثبت المساواه فی الید والرجل والذکروالأنف لا یمکن المساعده علیها؛ لأنّ الید والرجل والذکر والأنف یطلق على البعض أیضاً، بخلاف الثدی والحلمه مع أنّ ما ذکر مورد النصّ وقیاس المقام بها من القیاس المنهی عنه.

وقد یقال بأنّ الثابت فی حلمتی الرجل ربع دیته ویکون الأمر فی المرأه أیضاً کذلک؛ لأنّ المرأه تشارک الرجل إلى ثلث الدیه، وهذا العموم یجری فی المقام أیضاً فیکون فی حلمتی المرأه أیضاً کالرجل ربع الدیه، وفی روایه ظریف التی ذکرنا اعتبارها وأنّه یجری علیها حکم سائر الروایات المعتبره من الأخذ بها مع عدم المعارض لها: «وفی حلمه ثدی الرجل ثمن الدیه مئه وخمسه وعشرون دیناراً»(۱).

فلا تصل النوبه إلى ما ذکر فی المبسوط والخلاف(۲) من التمسّک بأنّ ما فی الجسد اثنان فی أحدهما نصف الدیه.

ولا ـ ما مال إلیه فی الریاض(۳) من الرجوع إلى الحکومه حتّى فی حلمتی الرجل وأنّه لا ـ یتمسّک بروایه ظریف وإن قلنا باعتبار سندها لتعارض الإجماع المدّعى من الخلاف فیرجع إلى الحکومه مضافاً إلى أصاله البراءه.

ص: ۱۹۸

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵، الباب ۱۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) المبسوط ۷ : ۱۴۸، الخلاف ۵ : ۲۵۷، المسأله ۶۵.

۳- (۳) ریاض المسائل ۲ : ۵۵۰ (الطبعه القدیمه).

(الخامس عشر): الذكر وفى الحشفه فما زاد الديه وإن استؤصل[۱]، سواء كان لشاب أو شيخ أو صبى لم يبلغ، أو من شُلَّت خصيتاه.

الشَرح:

دیه الذکر

[۱] من غير خلاف معروف أو منقول من أصحابنا ويدلّ عليه ما فى معتبره يونس الذى عرض على الرضا عليه السلام كتاب الديات: «والذكر إذا استؤصل ألف دينار»(۱).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الرجل يكسر ظهره قال: فيه الديه كامله إلى أن قال: وفى الذكر إذا قطعت الحشفه وما فوق الديه(۲).

ومدلول هذه أنّ قطع الحشفه أو القطع من فوق يوجب تمام الديه وبهذه يرفع اليد عن إطلاق ما ورد فى معتبره يونس المتقدّمه ويلتزم ثبوت الديه كامله إذا استؤصل الذكر أو قطع الحشفه وما فوق.

وأصرح منها فى ثبوت الديه فى قطع الحشفه خاصّه صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الأنف إذا استؤصل جذعه الديه إلى أن قال: وفى الذكر إذا قطع من موضع الحشفه الديه(۳).

ومقتضى الإطلاق فى هذه الروايات عدم الفرق بين كون المقطوع منه شاباً أو شيخاً أو صبيّاً أو من شلّت خصيتاه ولم يوجب الشلل شلل ذكره، وإلاّ يكون فى قطع الذكر المشلول ثلث الديه كما يأتى.

ويدلّ على الإطلاق ما ورد فى قطع الذكر من الغلام لصحيحه بريد العجلى، عن أبى جعفر قدس سره : «فى ذكر الغلام الديه كامله»(۴).

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۴ - ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۴.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۵.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۳۹ ، الباب ۳۵ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

ولو قطع بعض الحشـفه، كانت ديه المقطوع بنسبه الديه من مساحه الكمره حسب. ولو قطع الحشفه وقطع آخر ما بقى، كان على الأوّل الديه وعلى الثانى الأرش[١].

الشَرح:

وعلى الجمله، المستفاد من الروايات الثلاث المتقدّمه أنّ مثل الحشـفه بالإضافه إلى قطع الذكر مثل ذهاب الأصابع بقطع الكفّ، كما أنّ الأصابع إذا قطع مستقلاًّ ففيها الـديه، ولكن إذا ذهبت بقطع الكفّين فلا ديه لذهابها، كذلك الأمر فى الحشـفه إذا ذهبت بقطع الـذكر من فوق الحشـفه فلاـ ديه لهـا، وأمّـا إذ قطعت الحشـفه مسـتقلاًّ تكون فيها الـديه كامله، وعلى ذلك فإن قطع بعض الحشـفه ثبتت الـديه فى المقـدار المقطوع بحسابه إلى تمام الحشـفه التى يعبّر عنها بالكمره؛ وذلك لثبوت الديه الكامله فى قطع الحشفه خاصّه فيكون المقطوع بحسابه على ما ورد فى بعض الموارد ويساعده اعتبار الأرش.

[١] فإنّ من قطع الحشفه عليه تمام الديه على ما تقدّم.

وأمّا قطع الذكر الذى قطعت حشفته فلم يرد فيه تقدير فيرجع فيه إلى الحكومه.

والظاهر عدم الفرق فى هذا الحكم بين ما إذا قطع آخر ما بقى من ذكره أو قطعه قاطع الحشفه ثانياً كما صرّح بذلك فى الجواهر(١).

والوجه فى ذلك أنّ ما ورد فى قطع الذكر وما فوق أو قطعه بالاستئصال فيه الديه ناظر إلى ما إذا كان ذلك بجنايه واحده وبقطع واحد عرفاً، أمّا إذا عدّت جنايتان وقطعان فلأحدهما مقدّر خاصّ يكون فى الأُخرى الحكومه، كما تقدّم ذلك فى الجنايه على اليدين والأصابع.

وبذلك يظهر الحال فى قطع ذكر الخنثى التى أحرزت أنّها امرأه فإنّ ذكرها شيء

١- (١) جواهر الكلام ٤٣ : ٢٦٨.

وفی ذکر العِنین ثلث الدیه، وفیما قطع منه بحسابه[۱].

وفی الخصیتین الدیه. وفی کلّ واحده نصف الدیه[۲].

الشَرح:

زائد یکون قطعه جنایه لا تقدیر فیها فیرجع إلی الحکومه.

[۱] هذا المشهور عند الأصحاب؛ لأنّ العضو المشلول دیته ثلث دیه العضو الصحیح فیکون فی قطع تمام ذکر العنّین ثلث الدیه وفی قطعها بحساب المقدار المقطوع إلی ثلث الدیه الثابت فی قطع مجموع ذکره حیث لم یرد فی قطع حشفته ثبوت ثلث الدیه الکامله، بل لا یختصّ الشلل بالحشفه لیکون فی قطعها ثلث الدیه، بل یکون الشلل فی أصل الذکر وینسب المقدار المقطوع إلی أصل الذکر فی حساب المساحه.

هذا، وقد ورد فی معتبره السکونی قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام : «فی ذکر الصبی الدیه، وفی ذکر العنین الدیه(۱). وظاهر تساوی ذکر العنین والغلام أنّ فی قطع کلّ منهماتمام الدیه، ومقتضی ذلک رفع الید بها عمّا استفید من بعض الروایات من أنّ الدیه فی العضو المشلول ثلث دیه ذلک العضو إذا کان صحیحاً بقانون رفع الید عن العموم والإطلاق بالخاصّ الوارد علی خلافهما.

ومع ذلک أنّ الوارد فی قطع ذکر الخصی فی صحیحه برید بن معاویه ثلث الدیه(۲). والتفرقه بین ذکره وبین العنین بعید جدّاً فإنّ کلاًّ من الخصی والعنین الذی لا ینتشر ذکره شلل.

دیه الخصیتین

[۲] لا خلاف فی أن تثبت الدیه الکامله فی قطع الخصتین معاً، ویشهد له مضافاً إلی العموم فی صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام : کلّ ما فی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۹ ، الباب ۳۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

وفی روایه: فی الیسری ثلثا الدیه، لأنّ منها الولد، والروایه حسنه، لکن تتضمن عدولاً عن عموم الروایات المشهوره. وفی أدره الخصیتین أربعمئه[۱[دینار، فإن فحج فلم یقدر علی المشی فثمان مئه دینار، ومستنده کتاب ظریف غیر أنّ الشهره تؤیده.

الشَرح:

الإنسان اثنان ففیهما الدیه(۱). ما ورد فی صحیحه یونس، عن کتاب ظریف وفی البیضتین ألف دینار(۲). فتکون الدیه فی قطع إحداهما نصف الدیه علی ما هو مقتضی القاعده الوارده کلّ ما فی البدن اثنان ففی أحدهما نصف الدیه، إلاّ أنّه قد ورد التفرقه بین الیسری والیمنی فی صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام بأنّ فی الیسری ثلثا الدیه وفی الیمنی ثلثها، معللاً الفرق بأن الولد یکون من الیسری(۳).

ولکن یعارض الصحیحه فی ذلک ما ورد فی معتبره ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی خصیه الرجل خمسمئه دینار(۴). فإنّ ثبوت نصف الدیه فی خصیه تنفی الاختلاف بین الیمنی والیسری.

ومع التعارض بینها وبین صحیحه عبداللّه بن سنان یرجع إلی عموم ما دلّ علی أنّ ما فی الإنسان والجسد اثنان ففی أحدهما نصف الدیه.

وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان من تعلیل اختلاف دیتهما بأنّ الولد یکون من الیسری وإن ورد فی مرفوعه أبی یحیی الواسطی(۵) أیضاً إلاّ أنّ التعلیل ممّا وقع مورداً لإنکار من بعض الأطباء، والمرفوعه ضعیفه بالإرسال بمحمّد بن هارون.

[۱] ما ذکر قدس سره فی أدره الخصیتین أربعمئه دینار أی ما إذا فعل ما حصل به

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۳ - ۳۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۴- (۴) التهذیب ۱۰ : ۳۰۷ ، الحدیث ۲۶.

۵- (۵) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۱۱ - ۳۱۲ ، الباب ۱۸ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

(السادس عشر): الشفران وهما اللحم المحيط بالفرج إحاطه الشفتين بالفم، وفيهما ديتها. وفى كلّ واحده نصف ديتها. وتستوى فى الديه السليمه والرتقاء. وفى الزكَب حكومه، وهو مثل موضع العانه من الرجل[١].

الشَرح:

انتفاخ الخصيتين فإن فجح أى حصل التباعد بين رجليه بانتفاخهما بحيث لا يتمكّن من المشى بلا مشقّه يكون الديه ثمانمئه دينار أى أربعه أخماس الديه كما ورد ذلك فى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام فإن أُصيب رجل فأدر خصيتاه كلتاهما فديته أربعمئه دينار فإن فجح فلم يستطع المشى إلّا مشياً لا ينفعه فديته أربعه أخماس ديه النفس(١). وحيث إنّه لا يعارضها شىء من الروايات، ولم تقع مورداً لإعراض من الأصحاب يتعيّن العمل بما ورد فيه كيف وقد ذكر الماتن أنّ مستنده كتاب ظريف غير أنّ الشهره تؤيّده.

ديه الشفرين

[١] وفى قطع الشفران من المرأه وهما اللحمان المحيطان بفرجها الديه كامله أى ديه المرأه، وفى قطع أحدهما نصف ديتها من غير فرق بين المرأه السليمه وغيرها من الرتقاء والقرناء والكبيره والصغيره والثيب والبكر من غير خلاف معروف من أصحابنا.

ويدلّ على ذلك مضافاً إلى القاعده العامه المشار إليها كلّ ما فى الجسد اثنان ففى واحد منهما نصف الديه وفيهما الديه، معتبره عبدالرحمن بن سيابه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّ فى كتاب على عليه السلام لو أنّ رجلًا قطع فرج أمرأته لأغرمته لها ديتها(٢). وقطع الفرج ظاهره قطع نفس الشفرين اللتين كالشفتين بالإضافه إلى الفم.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣١١ ، الباب ١٨ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٧١ ، الباب ٩ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ٢.

وفی إفضاء المرأه دیتها[۱]، وتسقط فی طرف الزوج، إن کان بالوط ء بعد بلوغها. ولو کان قبل البلوغ، ضمن الزوج مع مهرها دیتها، والإنفاق علیها حتّی یموت أحدهما.

الشَرح:

وأمّا المنسوب إلی أهل اللغه فی معنی الشفرین فلیس عند العرف من عضوین من الجسد یعدّان کحا شیتی الجفنین للعین مع أنّ الوارد فی معتبره عنوان الفرج دون الشفرین والفرج للمرأه هو الشفرین بالمعنی المذکور فی المتن.

ثمّ الإطلاق والعموم فی المعتبره والقاعده یعمّ قطع الشفرین من أی امرأه سلیمه أو غیرها حتّی الرتقاء والقرناء والصبیّه والبالغه والثیّب والبکر، وأمّا قطع الزکب من المرأه فیه الحکومه لعدم ورود تقدیر دیه فیه، والزکب فی المرأه کالعانه من الرجل حیث إنّ فی قطع عانه الرجل أیضاً الحکومه؛ لأنّ فیه أیضاً لم یرد تقدیر سواء قطع مع الفرج أو منفرداً.

وأمّا ما فی صحیحه أبی بصیر قال أبو جعفر علیه السلام : «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل قطع فرج امرأته، قال: إذن أُغرمه لها نصف الدیه(۱). فلا یبعد أن یکون الحدیث کما فی التهذیب: «فی رجل قطع ثدی امرأته»(۲) أو کان القطع فی إحدی الشفرین.

وعلی کلّ، فلا ینبغی التأمّل فی أنّ قطع الشفرین بمعنی قطع الفرج یوجب تمام الدیه فإنّها عضو واحد من أعضاء جسد المرأه.

دیه إفضاء المرأه

[۱] بلا خلاف یعرف ویدلّ علیه صحیحه سلیمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل کسر بعصوصه فلم یملک إسته ما فیه من الدیه؟ فقال: الدیه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۷۱ ، الباب ۹ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۲۵۲ ، الحدیث ۳۱.

....

الشَرح:

كـامله، وسـألته عن رجـل وقع بجاريه فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزله لم تلـد؟ فقال: الـديه كامله(١). وما رواه الصـدوق بإسـناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السـلام أنّه قضـى فى امرأه أُفضـيت بالديه(٢). ولاـ فرق فى ثبـوت الـديه بين كون الوط ء شبهه أو حتّى الزنا، سواء كانت المرأه مطاوعه أو مكرهه فإنّ الزانيه لا تستحقّ المهر لا أنّه لا تستحقّ ديه الجنايه، وعلى ذلك فإن كان المفضى أجنبياً تستحقّ المرأه ديه نفسها كما هو ظاهر الروايتين.

وأمّا إذا كان المفضى زوجها فلا يكون على زوجها شيء إذا كانت المرأه بالغه بأن أكمل تسع سنينها.

بخلاف ما إذا لم تكن بالغه حيث إنّه كان يحرم على الزوج وط ء زوجتها قبل إكمالها تسع سنين فيتعلّق بالإفضاء ديه نفسها.

والكلام يقع فى جهات:

الأُولى: أنّ تعلّق ديتهـا على زوجها المفضـى مطلق أو أنّه يختصّ بصوره طلاقها بعـد الإفضاء ولو متأخّراً ولو أمسـكها على حباله إلى الآخر فلا يتعلّق عليه الديه.

ظاهر المنسوب(٣) إلى المشهور أنّ تعلّق ديتها على زوجها المفضى قبل بلوغها مطلق أخذاً بإطلاق الروايتين.

ولكن فى المقابل صـحيحه حمران، عن أبى عبـدللّه عليه السـلام قال: سـئل عن رجل تزوّج جاريه بكراً لم تدرك فلمّا دخل بها اقتضّها فأفضاها؟ فقال: إن كان دخل بها

ص: ٢٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧٠ ، الباب ٩ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٤٨ ، بعد الحديث ٥٣٢٨.

٣- (٣) نسبه الشهيد الثانى فى المسالک ١٥ : ٤٣٨.

....

الشَرح:

حين دخل بها ولها تسع سـنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضّها فـإنه أفسـدها وعطّلهـا على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها وإن أمسـكها ولم يطلّقها حتّى تموت فلا شـيء عليه(۱). وظاهرها كما ترى التفصـيل فی تعلّق الديه بين عدم إمساكها وطلاقها فيثبت الديه وبين عدم طلاقها ولو فيما بعد ذلك فلا يثبت الديه فإنّ الشيء الذی يتحمّل الزوج المفضی المذكور فی الروايه هو ديتها.

وقد قال فی الرياض(۲) إنّ هذه الروايه المفصّله بين البلوغ وعدمه غير معمول بها عند الأصحاب، كما صرّح بذلك المجلسی.

ولكن لا يخفی أنّه لا يمكن إثبات إعراض الأصـحاب عن الروايه لعـدم تعرّض جمله منهم للمسأله أصـلاً وعـدم عمل عده منهم لعلّه بـدعوی أنّ المنفی فی صوره عدم الطلاق نفی الديه بإطلاق نفی الشـیء وما دلّ علی تعلّق الديه خاصّ بالديه مضافاً إلی ما يأتی.

أقول: توقّف صاحب العروه فی إطلاق ثبوت الديه وتصريح صاحب الحدائق بالتفصيل يؤيّد عدم ثبوت الإعراض.

الجهه الثانيه: أنّ الدخول علی الزوجه قبل بلوغ الجاريه تسع سـنين حرام وإن جاز نكاحها قبل بلوغها، وفی صـحيحه الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «قال: إذا تزوّج الرجل الجاريه وهی صغيره فلا يدخل بها حتّی يأتی لها تسع سنين»(۳).

وفی موثقه طلحه بن زيد، عن جعفر عن أبيه، عن علی عليه السلام قال: «من تزوّج بكراً

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۰ : ۱۰۳ - ۱۰۴ ، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ۹.

۲- (۲) الرياض ۲ : ۵۵۱ (الطبعه القديمه)

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۰ : ۱۰۱ ، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

فدخل بها فى أقلّ من تسع سـنين فعيبت ضمن»(۱) وفى صـحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السـلام : «إنّ من دخل بامرأه قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن»(۲).

وفى صحيحه ابن أبى عمير، عن غير واحد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «حدّ بلوغ المرأه تسع سنين»(۳).

وما فى بعض الروايات تسع سـنين أو عشر سنين محمول على رعايه العشره استحباباً، أو كون المراد الدخول بعشر سنين، وإطلاق (ضمن) يقيد بصوره الطلاق بعد الإفضاء إذا كان العيب إفضاءً.

وعلى كل تقـدير فالإفضاء إذا دخل بها قبل إكمال تسع سـنين وإن كان موجباً للديه كما ذكرنا ولا تبطل الزوجيّه إلاّ بالطلاق إلاّ أنّ المحكى عن جمله بطلان النكاح بذلك وتصير المرأه محرمه على المفضـى كما هو ظاهر مرسله يعقوب بن يزيد، عن بعض أصـحابنا، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: «إذا خطب الرجل المرأه فـدخل بها قبل أن تبلغ تسع سـنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً»(۴) ولكنّ تقـدّم أنّ صـحيحه حمران كالصـريح فى بقاء الزوجيه ما لم يطلّق، وكذا روايه بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السـلام فى رجل افتضّ جاريه يعنى امرأته فأفضاها؟ قال: عليه الـديه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سـنين، قال: وإن أمسـكها ولم يطلّقها فلا شىء عليه، إن شاء أمسك وإن شاء طلّق(۵).

فالمرسله مع ضعفها بالإرسال ومعارضتها بالصحيحه وغيرها لا يمكن

ص: ۲۰۷

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۰ : ۱۰۳ ، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ۶.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۰ : ۱۰۳ ، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ۸.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۰ : ۱۰۴ ، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ۱۰.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۰ : ۴۹۴ ، الباب ۳۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث ۲.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۰ : ۴۹۴ ، الباب ۳۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث ۳.

....

الشَرح:

الاعتماد عليها، وحمل المرسله على حرمه الدخول بها أبداً حتّى وإن أمسكها ولم يطلّقها لا يعدّ جمعاً عرفيّاً مع أنّه لم يفرض فى المرسله الإفضاء، بل الموضوع هو الدخول قبل بلوغ تسع سنين ولا أظنّ أن يلتزم به واحد من الأصحاب.

وعلى الجمله، فلا موجب أيضاً للالتزام بحرمه الدخول بها ولو من المفضى لها خصوصاً فيما أندمل الجرح.

الجهه الثالثه: أنّ على الزوج المفضى نفقه المفضاه ما دامت حيّه وإن طلّقها بعد ذلك كما يدلّ على ذلك صحيحه الحلبى، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جاريه فوقع بها فأفضاها؟ قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حيّه(۱). ومقتضى إطلاقها عدم الفرق فى الإجراء بين صوره إمساكها حتّى ما لو طلّقها بعد إفضائها.

نعم، بما أنّ الحكم بالإجراء أى الإنفاق لا يعمّ المفضى بعد موته قيد الحكم بما لم يمت أحدهما، وحيث إنّ المستفاد من صحيحه الحلبى الوارده فى الإجراء عليها أنّ ما على المفضى الزوج فى الفرض نفقتها حتّى فيما إذا طلّقها هو أن لا تبقى المفضاه بلا نفقه فإذا مات الزوج قبلها فلا يكون على المفضى نفقتها، بل تكون نفقتها من ملكها من سهم الإرث كما أنّه لو تزوجت بعد طلاقها من الآخر تكون نفقتها على زوجها.

الجهه الرابعه: أنّ المفضى لها إذا طلّقها بعد الإفضاء يكون عليه مهرها مضافاً إلى ديّتها؛ لأنّ الديه عوض جنايه الإفضاء والمهر استقراره بالدخول ولا موجب ولا دليل على التداخل.

وما تقدّم من وجوب الإنفاق أو حرمه الدخول بناءً على المشهور، إنّما هو فيما إذا كانت الزوجه باكره صغيره، وأمّا الكبيره والموطوءه بشبهه أو حتّى بالزنا لا يترتّب عليه إلاّ ديه الإفضاء فى غير الزوجه الكبيره؛ لما تقدم من أنّه لا يترتّب على الإفضاء

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۰ : ۴۹۴ ، الباب ۳۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث ۴.

ولو لم يكن زوجاً، وكان مكرهاً، فلها المهر والديه[١]. وإن كانت مطاوعه، فلا مهر، ولها الديه. ولو كانت المكرهه بكراً، هل يجب لها أرش البكاره زائداً على المهر؟ فيه تردد، والأشبه وجوبه، ويلزم ذلك في ماله، لأنّ الجنايه إمّا عمد أو شبيه بالعمد.

(السابع عشر): قال في المبسوط: في الأليتين[٢] الديه. وفي كلّ واحده نصف الديه.

الشَرح:

في الزوجه الكبيره ديه الإفضاء كما ورد ذلك في صحيحه حمران قال: سئل عن رجل تزوّج جاريه بكراً لم تدرك فلمّا دخل بها اقتضها فأفضاها؟ فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه(١). ونحوها غيرها.

[١] يعني لو كان المفضي مكرهاً للمرأه ولم يكن زوجاً لها يتعلّق عليه الإفضاء ومهرها وديه إفضائها وهي ديه نفسها.

نعم، إذا كانت مطاوعه تكون زانيه تسقط مهرها وتستحقّ ديه نفسها أي ديه الإفضاء، وذكر الماتن أنّ المكرهه إذا كانت باكره فلها مع مهرها وديتها أرش البكاره زائداً على المهر، ولكن لم يعلم لما ذكره وجه صحيح فإنّ أرش البكاره تدخل في مهر المثل إذا كانت المرأه باكره.

وعلى كلّ حال، الإفضاء جنايه لا تكون موضع للاقتصاص بل تثبت الديه بها وتكون الديه على المفضي إمّا لأنّ الإفضاء جنايه لا مورد القصاص فيها وتكون الجنايه مورداً للديه أو أنّها شبه خطأ.

ديه الأليتين

[٢] المراد بالأليتين اللحمان النابتان بين الظهر والفخذين، ولا ينبغي التأمّل في

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ١٠٣ - ١٠٤ ، الباب ٣٤ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٩.

ومن المرأه دیتها، وفی کلّ واحده منها نصف دیتها، وهو حسن تعویلاً علی الروایه التی مرّت فی فصل الشفتین.

(الثامن عشر): الرجلان وفیهما الدیه. وفی کلّ واحده نصف الدیه، وحدّهما مفصل الساق[۱].

الشَرح:

أنّهما تعدّان عضوین من الجسد متمیّزتین من سائر الأعضاء من الجسد دخیلتین فی الجمال والمنفعه وأقلّها، الجلوس علی الأرض والفراش.

ویقال فی قطع کلتیهما تمام الدیه وفی قطع کلّ واحده منها نصف الدیه؛ لأنّ کلّ ما فی الجسد اثنان ففیهما الدیه وفی قطع إحداهما نصفها.

وهل المراد من قطعهما أو قطع إحداهما القطع إلی أن یصل إلی العظم أو المراد قطع ما أشرف منهما، فالظاهر أنّها اسم للمجموع لا ـ خصوص ما أشرف منها وعلی ذلک فإن قطع ما أشرف خاصّه یکون المورد من موارد الحکومه بناءً علی القاعده المتقدّمه فی أنّ کلّ ما لم یرد فیه تقدیر الدیه یرجع إلی الحکومه، کما أنّه لو قطع بعض ما أشرف فهو أیضاً موردها.

ودعوی أنّ الداخل فی معنی الألیه هو ما أشرف إلی أن یصل إلی مساواه الظهر والفخذ فلا یمکن المساعده علیها فإنّ ما أشرف إلی موضع العظم یعدّ عضواً واحداً ویحسب المجموع الألیه فیکون قطع ما أشرف خاصّه أیضاً موضع الحکومه مع بقاء اللحم إلی العظم.

دیه الرجلین

[۱] الدیه فی کلّ من الرجلین کالدیه فی کلّ من الیدین وفی کلّ منهما نصف الدیه وفی کلتیهما الدیه کامله.

ویدلّ علی ذلک مضافاً إلی ما تقدّم من القاعده من أنّ کلّ ما فی الجسد اثنان ففی کلّ واحد منهما نصف الدیه، عدّه من الروایات:

وفی الأصابع منفرده دیه کامله. وفی کلّ إصبع عُشْر الدیه، والخلاف هنا فی الإِبهام کما فی الیدین. ودیه کلّ إصبع مقسومه علی ثلاث أنامل بالسویه. وفی الإبهام علی اثنین. وفی الساقین الدیه. وکذا فی الفخذین. وفی کلّ واحده نصف الدیه.

الشَرح:

منها موثقه سماعه، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی الرجل الواحده نصف الدیه»(۱).

ومعتبره زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی الید نصف الدیه وفی الیدین جمیعاً الدیه وفی الرجلین کذلک»(۲).

وحدّ الرجل مفصل الساق من ناحیه القدم فإذا قطع القدم من ناحیه مفصل الساق تثبت نصف الدیه، کما أنّه إذا قطع من مفصل الفخذ أو الرکبه تثبت أیضاً نصف الدیه علی ما تقدّم فی دیه الید.

هذا کلّه إذا وقعت جنایه واحده من إحدی المفاصل أو من بعض الساق أو الفخذ؛ لأنّ المقطوع علی کلّ تقدیر جنایه بقطع الرجل کما أوضحنا فی قطع الید، وأمّا إذا قطع القدم أوّلاً ثمّ قطع الساق أو الفخذ ففی کلّ منهما دیه کامله أخذاً بما دلّ علی أنّ کلّ ما فی البدن اثنان ففی واحده نصف الدیه.

نعم، ذکرنا أنّه لا یبعد أنّ یلتزم بنفی القصاص فیما إذا قطع القدم من مفصل الساق ثمّ قطع الساق من الرکبه شخص آخر، فلا یثبت القصاص، للثانی لانتفاء المماثله بین العضوین فإنّ الساق بلا قدم لیس مثل الساق مع القدم.

وذکرنا أیضاً أنّ أصابع الرجلین کأصابع الیدین یثبت فی قطعهما من الیدین أو الرجلین تمام الدیه إذا کان قطعت منفرده بخلاف ما لو کانت تابعه، کما إذا قطعت

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۷.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۵ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۶.

....

الشَرح:

الرجلان من مفصل الساق فإنّه لا يثبت إلّا ديه الرجل.

والأمر فی دیه الأصابع فیالرجلین کالـدیه فی أصابع الیدین ففی الإبهام ثلث دیه الرجل، وفی غیرها أربعه أسداس دیتها کما کان الحال کذلک فی أصابع الیدین کذلک.

ص :٢١٢

مسائل:

اشاره

(الأُولى): فى الأضـلاع ممّا خالط القلب، لكلّ ضـلع إذا كسـرت خمسه وعشـرون ديناراً. وفيها ممّا يلى العضدين، لكلّ ضـلعٍ إذا كُسِرَت عشره دنانير[۱].

الشَرح:

ديه الأضلاع

[۱] المصـرّح به فى كلمات جماعه التفرقه بين ديه كسـر ضلع ممّا خالط القلب أى يليه وبين كسر الضلع الذى يلى العضدين، بل لم ينسب(۱) الخلاف إلاّ إلى ابن إدريس حيث إنّه سوّى بين ديه الضلعين حيث قالوا إنّ ديه كسر الضلع الذى يلى القلب خمسه وعشـرون ديناراً وديه كسـر مايلى العضدين عشـره دنانير وإذا تعدّد الضـلع المكسور يكون لكلّ من المتعدّد ما ذكرنا فى كسره، ولكن ابن ادريس ذكر أنّ فى كسر ضلع واحد خمسه وعشرين ديناراً(۲)، بلا فرق بين القسم الأوّل والقسم الثانيه، ولا يكون فى البين مسـتند لديه كسـر الضلع إلاّ الوارد فى كتاب ظريف مقتضاه التفصيل بين قسمى الأضلاع حيث ورد فيه «وفى الأضلاع فيما خالط القلب من الأضـلاع إذا كسـر منها ضـلع فديته خمسه وعشـرون ديناراً وفى صدعه اثنا عشـر ديناراً ونصف وديه نقل عظامه سبعه دنانير ونصف وموضّحته على ربع ديه كسره ونقبه مثل ذلک، وفى الأضلاع ممّايلى العضدين ديه كلّ ضلع عشره دنانير إذا كسـر، وديه صدعه سـبعه دنانير وديه نقل عظامه خمسه دنانير، وموضـحه كلّ ضلع منها ربع ديه كسره ديناران ونصف، فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران ونصف»(۳).

وأمّا التسويه المنقوله عن ابن ادريس فلم يظهر لها وجه.

۱- (۱) نسبه الشيخ النجفى فى جواهر الكلام ۴۳ : ۲۸۰.

۲- (۲) السرائر ۳ : ۴۱۱.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الثـانيه): لو كسـر بُعْصُوصه، فلم يملك غائطه، كان فيه الـديه وهى روايه سـليمان بن خالـد[١]. ومن ضـرب عجـانه، فلم يملك غائطه ولا بوله، ففيه الديه وهى روايه إسحاق بن عمّار.

الشَرح:

وكيـف كـان، فالظـاهر ممّـا ورد فى كتـاب ظريـف أنّ الأضـلاع على قسـمين: قسم منهـا تخالـط القلب، وقسم آخر لاـ تخـالطه، والمخالطه وعـدمها معرّف للقسم الأوّل من الضـلع، ومايلى العضـدين معرّف للقسم الآخر لا أنّه الأضـلاع لوحظت قسـماً واحـداً ومخالطه القلب ومايلى العضدين تقسـيم للكسـر الواقع فى الضلع، وعلى ذلك يختصّ مايلى العضدين بالأعالى من الأضلاع كما لا يخفى، وأمّا حمل مايخالط وما لا يخالط لموضع الكسر من الضلع فهو خلاف الظاهر كما ذكرنا.

ديه البعصوص

[١] كما صـرح بذلك جمله من الأصحاب ويستدلّ على ذلك بصحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملك إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(١).

وكذا من ضرب عجانه أى ما بين خصيتيه وفقحته أى حلقه دبره فلم يملك غائطه ولا بوله.

ويدلّ عليه معتبره إسـحاق بن عمّار أو صـحيحته قال: سـمعت أبا عبداللّه عليه السـلام يقول: قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسك غائطه ولا بوله أنّ فى ذلك الديه كامله(٢).

ومقتضى القاعده على ما يأتى تعدّد الديه فى الصوره المفروضه؛ لأنّ كلّ واحد

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧٠، الباب ٩ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧١، الباب ٩ من أبواب ديات المنافع، الحديث ٢.

(الثالثه): فی کسر عظم من عضو، خُمس دیه ذلک العضو. فإن صلح علی غیر عیب فأربعه أخماس دیه کسره. وفی موضّحته ربع دیـه کسـره. وفی رضّه ثلث دیه العضـو، فـإن صـلح علی غیر عیب فـأربعه أخمـاس دیه رضه. وفی فکّه من العضـو بحیث یتعطّل العضو ثلثا دیه العضو، فإن صلح علی غیر عیب، فأربعه أخماس دیه فکّه[۱].

الشَرح:

ممّـا یوجب عـدم التمکّن من إمساک الغائط، وعـدم التمکّن من إمساک البول موجب للـدیه الکامله وظاهر الروایه التـداخل فی الفرض.

وأمّا إذا انفرد بأن أوجب الجنایه عدم التمکّن من إمساک البول، تکون دیه الجنایه الدیه الکامله، بل الظاهر الضرب علی العجان لا خصوصیّه له، بل کلّ أمر أوجب عدم التمکّن من الإمساک بالغائط أو البول تکون دیته دیه النفس؛ ولذا ثبت الدیه فی کسـر العصعص الذی عبّر عنه فی الصحیحه بالبعصوص.

وأیضـاً لا فرق فی ثبوت دیه النفس بین الجنایه علی المرأه والرجل لما دلّ علی تساوی الرجل والمرأه فیما یوجب دیه النفس إلّا أنّ فی الرجل دیه نفسه، وفی المرأه دیه نفسها.

دیه کسر عظم من عضو

[۱] هـذه المسـأله تعرّض فیها لبیان دیه الکسـر والجرح والرّض وفکّ العظم فی غیر الرأس والمشـهور بین أصـحابنا أنّ فی کسـر العظم من کلّ عضو له دیه مقدّره فی الشرع خمس دیه ذلک العضو فإن صلح الکسر من غیر عیب وعثم أی عدم الاستواء فدیته أربعه أخماس دیه الکسر وإن انجبرت مع عدم الاستواء ففیه دیه کسرها.

وفی موضحه عظم عضو بالجرح ربع دیه کسره.

وفی رضّ عظمه ثلث دیه ذلک العضو فإن برئ من غیر عیب وعثم یکون دیته أربعه أخماس دیه رضّه.

....

الشَرح:

وإذا فكّ العظم من العضو بحيث أوجب شلل ذلك العضو تكون ديته ثلثا ديه ذلك العضو، كما هو مقتضى الجنايه الموجبه لشلل كلّ عضو فإن صلح على غير عيب يكون ديته أربعه أخماس فكّه.

ولكنّ إجراء هذه القاعده فى كلّ كسر وغيره من كلّ عضو أو فى كلّ كسر لا يمكن إتمامها بالدليل؛ ولذا لابدّ من ملاحظه الدليل وإجراء الحكم فى كلّ مورد بمقتضاه ونتعرّض للموارد بعد بيان ما ذكر الماتن فى كسر الترقوه حيث ذكر قدس سره فى المسأله الرابعه أى بعد هذه المسأله قال فى المبسوط والخلاف: فى الترقوتين الديه وفى كلّ واحده منهما مقدّر عند أصحابنا(۱)، ثمّ ذكر قدس سره «ولعلّ كلام الشيخ فى الكتابين ناظر إلى ما ذكره جماعه عن ظريف وهو فى الترقوه إذا كسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً».

أقول: ورد ديه كسر الترقوه وهو العظم المتّصل من مفصل العضد إلى ثغره النحر من الجانبين فيكون فى كلّ إنسان ترقوتان فى كتاب الديات المعروف بكتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام على ما رواه الكلينى والشيخ والصدوق قدّس سرهما وعلى نقل الكافى قال أمير المؤمنين عليه السلام : «وفى الترقوه إذا انكسرت فجبرت على غير عثم ولا عيب أربعون ديناراً فإن انصدعت فديتها أربعه أخماس كسرها اثنان وثلاثون ديناراً، فإن أوضحت فديتها خمسه وعشرون ديناراً وذلك خمسه أجزاء من ثمانيه من ديتها إذا انكسرت فإن نقل منها العظام فديتها نصف ديه كسرها عشرون ديناراً فإن نقبت فديتها ربع ديه كسرها عشره دنانير».

وأمّا ما نقل الماتن عن الشيخ فى المبسوط والخلاف(۲) لا يرتبط بمسأله كسر

۱- (۱) المبسوط ۷: ۱۵۵، الخلاف ۵: ۲۶۱، المسأله ۷۳.

۲- (۲) الكافى ۷: ۳۳۴، الحديث ۱۰. التهذيب ۱۰: ۳۰۰، الفقيه ۴: ۸۳.

....

الشَرح:

الترقوه، وظاهر كلامه فيهما فرض قطع الترقوه والترقوتين كما فرض ذلك غيره أيضاً والتزموا بأنّ فی قطعهما الديه وفی إحداهما نصف الديه أخذاً بالقاعده المستفاده من الروايات كلّ ما فی الجسد اثنان ففی كلّ واحده نصف الديه وفيهما الديه.

نعم، قد يشكل فی الحكم المذكور بأنّ الترقوه بنفسها لا تعدّ عرفاً عضواً مستقلاًّ وأنّ الروايات منصرفه إلی ما يعدّ عضواً مستقلاًّ ولعلّهما تعدّان من توابع الصدر.

وفی الإشكال تأمّل؛ لأنّ لهما عنواناً خاصّاً كما فی الساعد والساق من مقطوع اليد والرجل حيث التزموا فی قطع كلّ منهما بجريان القاعده، فالالتزام بالحكومه فی قطع إحداهما أو كليهما بعيد.

هذا، ولكن لم يرد فی معتبره ظريف ديه كسر الترقوه إذا لم تجبر أو جبرت مع عيب وعثم فلابدّ فيه من الالتزام بالحكومه.

أقول: قد تقدّم الكلام فی ديه كسر الظهر وقلنا إنّ فی كسره الديه الكامله هذا فيما إذا لم يجبر من غير عيب وعثم بأن لم يجبر أو جبر مع عيب أو عثم، وأمّا إذا جبر من غير عيب وعثم فقيل إنّ ديته ثلث الديه الكامله، وذكرنا أنّه لا دليل علی ذلك، بل ديته مئه دينار علی ما ورد فی كتاب ظريف وليس له معارض فی البين قال علی ما ورد فيه: وإن انكسر الصلب فجبر علی غير عثم ولا عيب فديته مئه دينار، وإن عثم فديته ألف دينار(۱).

وكذا تكون الديه الكامله إذا أصاب الظهر بحيث لا يستطيع الجلوس أو حدثت فيه حدبه.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ویدلّ علی ذلک صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یکسر ظهره، قال: «فیه الدیه کامله»(۱).

وفی کتاب الدیات الذی عرضه یونس بن عبدالرّحمن علی الرضا علیه السلام : والظهر إذا أحدب ألف دینار(۲).

ومعتبره برید العجلی، عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل کسر صلبه فلا یستطیع أن یجلس أنّ فیه الدیه(۳).

وتقدّم الکلام أیضاً فی کسر الأضلاع وکان المذکور فیبحث کسر الأضلاع فی المسأله الأُولی هو أنّ کسر کلّ ضلع ممّا خالط القلب خمسه وعشرون دیناراً، وفی صدعه اثنا عشر دیناراً ونصف وفی الجرح موضحته وربع دیه کسره، وکذا فی نقبه وفی نقل عظامه سبعه دنانیر ونصف دینار هذا فی الأضلاع التی خالطت القلب.

وأمّا الأضلاع التی تلی العضدین ففی کسر کلّ واحد عشره دنانیر وفی صدعه سبعه دنانیر وفی موضحته دیناران ونصف، وکذا فی نقب کلّ ضلع ودیه نقل عظامه خمسه دنانیر.

ویدلّ علی ذلک أیضاً ما فی الکتاب المذکور حیث ورد فیه: وفی الأضلاع فیما خالط القلب من الأضلاع إذا کسر منها ضلع فدیته خمسه وعشرون دیناراً، وفی صدعه اثنا عشر دیناراً ونصف، ودیه نقل عظامها سبعه دنانیر ونصف، وموضحته علی ربع دیه کسره، ونقبه مثل ذلک، وفی الأضلاع ممّایلی العضدین دیه کلّ ضلع عشره دنانیر إذا کسر، ودیه صدعه سبعه دنانیر، ودیه نقل عظامه خمسه دنانیر

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۵ - ۳۰۶ ، الباب ۱۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

وموضحه كلّ ضلع منها ربع ديه كسره ديناران ونصف فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران ونصف(۱).

وتقدّم الكلام أيضاً فى كسر بعصوصه فلم يملك غائطه، وذكرنا أنّ فيه الديه الكامله، ويدلّ على ذلك صحيحه هشام بن سالم قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملك إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(۲).

ولكن الالتزام بالديه الكامله فيما أوجب كسره عدم تمكّنه من إمساك غائطه، ولا يبعد أن تكون الديه لذهاب التمكّن من إمساك غائطه لا كسر بعصوصه، وإذا كسر مع تمكّنه من إمساكه فلا يستفاد من الصحيحه كون ديه الكسر ديه النفس، ولابدّ من الالتزام بالحكومه كما ذكرنا ها فى كلّ جنايه لم ترد فيه تقدير الديه.

ويؤيد ما ذكرنا موثّقه إسحاق بن عمّار أو صحيحته حيث قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسك غائطه ولا بوله أنّ فى ذلك الديه كامله(۳). ووجه التأييد أنّه لم يفرض فى الروايه الكسر، بل يعمّ الوارد فيها ما إذا لم يكن سلس الغائط مع الكسر، وأيضاً مقتضى صحيحه إسحاق بن عمّار التداخل فيما إذا حدث سلس البول والغائط بجنايه واحده.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵ ، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۰ ، الباب ۹ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۱ ، الباب ۹ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۲.

مسأله ۳۱۹: فی رضّ الصدر إذا انثنی شقّاه نصف الدیه[۱] وإذا انثنی أحد شقّیه ربع الدیه وکذلک الحال فی الکتفین وفی موضحه کلّ من الصدر والکتفین خمسه وعشرون دیناراً.

الشَرح:

استدراک لفروع:

ثمّ إنّ فی المقام فروعاً من دیات الکسر والرّض لم یذکرها الماتن المحقّق قدس سره نتعرّض لها ولمبانیها فی ضوء الأدلّه استیفاء للمطالب، ولنبحث علی وفق متن تکمله المنهاج.

دیه رضّ الصدر

[۱] لم یتعرّض الأکثر لذلک ولکن ورد دیه رضّ الصدر بحیث انثنی کلا شقّیه یعنی طرفه الأیمن والأیسر أو أحد شقّیه فی المعتبره من کتاب ظریف(۱).

وکذا الحال فی انثناء الکتفین أو انثناء إحداهما، والکتف جمعه أکتاف عظم عریض خلف المنکب، والمنکب کما یأتی مجتمع رأس الکتف والعضد، والموضحه الجرح النافذ فی اللحم بحیث یقشر السمحاق فیظهر بیاض العظم والعضد من المرفق إلی الکتف.

وقد روی الکلینی بأسانیده إلی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: فی الصدر إذا رضّ فثنّی شقّیه کلیهما فدیته خمسمئه دینار، ودیه أحد شقّیه إذا انثنی مئتان وخمسون دیناراً، وإذا انثنی الصدر والکتفان فدیته ألف دینار، وإن انثنی أحد شقی الصدر وأحد الکتفین فدیته خمسمئه دینار، ودیه موضحه الصدر خمسه وعشرون دیناراً، ودیه موضحه الکتفین والظهر خمسه وعشرون دیناراً، وإن اعتری الرجل من ذلک صعر لا یستطیع أن یلتفت فدیته خمسمئه دینار(۲). وظاهرها أنّ دیه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۴، الباب ۱۳ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) الکافی ۷ : ۳۳۸، الحدیث ۱۱.

مسأله ۳۲۰: فی کسر المنکب إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الید مئه دینار[۱] وفی صدعه ثمانون دیناراً، وفی موضحته خمسه وعشرون دیناراً، وکذلک الحال فی نقبه، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس وفی فکّه ثلاثون دیناراً.

الشَرح:

کلّ من موضحه الصدر وموضحه الظهر وکلّ من الکتفین خمسه وعشرون دیناراً، وحیث إنّه لیس فی البین ما یعارضها وقد ذکرنا اعتبار ما ورد فی کتاب ظریف فالمتعیّن الأخذ به، وهذا فیما إذا لم توجب جنایه رضّ الصدر موته وإلّا تثبت دیه النفس إذا کان خطأ أو یثبت القصاص إذا کانت عمدیّاً علی ما تقدّم من الاعتبار فی ثبوت حقّ القصاص.

دیه کسر المنکب

[۱] هذا أیضا وارد فی المعتبره فی کتاب ظریف التی رواها الکلینی بأسانیده إلی ذلک الکتاب وفیها: دیه المنکب (الذی هو مجمع رأس الکتف والعضد) إذا کسر خمس دیه الید مئه دینار فإن کان فی المنکب صدع فدیته أربعه أخماس دیه کسره ثمانون دیناراً، فإن أوضح فدیته ربع دیه کسره خمسه وعشرون دیناراً، فإن نقلت منه العظام فدیته مئه وخمسه وسبعون دیناراً، منها مئه دینار دیه لکسره، وخمسون دیناراً لنقل عظامه، وخمسه وعشرون دیناراً لموضحته، فإن کانت ناقبه فدیتها ربع دیه کسره خسمه وعشرون دیناراً، فإن رضّ فعثم فدیته ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن فکّ فدیته ثلاثون دیناراً(۱).

والمراد من النقب الجرح الذی یری داخله ویعبّر عنه بالناقبه.

وقد یقال إنّ فی رضّ العضو ثلث دیه ذلک العضو إذا عثم، وعلیه فلا یکون دیه رضّ المنکب ثلث دیه النفس فما ورد فی المعتبره فی رضّ المنکب إذا عثم من ثلث

۱- (۱) الکافی ۷ : ۳۳۴ ، الحدیث ۱۰.

مسأله ۳۲۱: فی کسر العضد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الید[۱] وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً.

مسأله ۳۲۲: فی کسر الساعد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه النفس[۲] وفی کسر إحدی قصبتی الساعد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی صدعها ثمانون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وفی نقل عظامها مئه دینار، وفی نقبها اثنا عشر دیناراً ونصف دینار، وفی نافذتها خمسون دیناراً، وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

الشَرح:

دیه النفس محمول علی رضّ المنکب الموجب عثمها الشلل فیکون دیتها ثلثی دیه الید.

ولکن لا یمکن المساعده علیه فإنّ مجرّد الاستبعاد لا یوجب طرح ظهورالروایه إذا لم یکن لها قرینه أو معارض.

دیه کسر العضد

[۱] قد ورد ذلک فی المعتبره عن کتاب ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی العضد إذا انکسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب فدیتها خمس دیه الید مئه دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً(۱).

دیه کسر الساعد

[۲] قد ورد ذلک فی ما روی فی التهذیب(۲) والفقیه عن کتاب ظریف فإنّه روی فی الفقیه عن الکتاب: «وفی الساعد إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۰، الباب ۱۰ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۳۰۱، الحدیث ۲۶.

....

الشَرح:

النفس ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن کان کسر إحدی القصبتین من الساعد فدیته خمس دیه الید مئه دینار، وفی إحداهما أیضاً فی الکسر لأحد الزندین خمسون دیناراً، وفی کلیهما مئه دینار، فإن انصدع إحدی القصبتین ففیهما أربعه أخماس دیه إحدی قصبتی الساعد ثمانون دیناراً، ودیه موضحتها ربع کسرها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها مئه دینار، وذلک خمس دیه الید، وإن کانت ناقبه فدیتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقبها نصف دیه موضحتها اثنا عشر دیناراً ونصف دینار، ودیه نافذتهما خمسون دیناراً فإن صارت فیه قرحه لا تبرأ فدیتها ثلث دیه الساعد ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار وذلک ثلث دیه الذی هو فیه(۱).

أقول: المروی فی الفقیه والتهذیب: أنّ دیه کسر الساعد إذا انجبر من غیر عثم ولا عیب ثلث دیه النفس. ولکن ما فی الکافی فی نسخه علی ما فی الوسائل: وفی الساعد إذا کسر ثمّ جبر علی غیر عثم ولا عیب فدیته خمس دیه الید مئه دینار(۲). ویقال إنّ نسخ الکافی مختلفه، وفی بعضها دیه کسر الساعد کما فی الفقیه والتهذیب: ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار. وعلی ذلک تسقط روایه الکافی لاختلاف النسخ عن الاعتبار ویؤخذ بما فی الفقیه والتهذیب لعدم اختلاف نسخهما ویثبت ثلث الدیه.

وأمّا فی کسر إحدی القصبتین من الساعد ففیما رواه عن الکافی فی الوسائل الروایه مختلفه حیث ورد فیه أنّ فی کسر قصبتی الساعد مئه دینار وورد فیه أیضاً: إن انصدعت إحدی القصبتین أربعه أخماس إحدی قصبتی الساعد ثمانون دیناراً. فیکون علی ذلک فی کسر إحدی القصبتین مئه دینار فیؤخذ أیضاً بما فی الفقیه.

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۸۴، الحدیث ۵۱۵۰.

۲- (۲) الکافی ۷ : ۳۳۵، الحدیث ۱۰، الوسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۱، الباب ۱۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۲۳ : فی کسر المرفق إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی صدعه ثمانون دیناراً، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی نقبه خمسه وعشرون دیناراً وکذلک موضحته، وفی فکّه ثلاثون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس[۱].

الشَرح:

وأمّا ما فی التهذیب من أنّ فی: انصداع إحدی القصبتین أربعه أخماس دیه إحدی القصبتین أربعون دیناراً(۱). ف (أربعون) غلط النسخه یقیناً حیث روی دیه کسر إحداهما مئه دینار وأربعه أخماسها یکون ثمانین لا أربعین.

هذا کلّه بالإضافه إلی اختلاف النقل، وقد ظهر أنّ ثلث دیه النفس یثبت فی رضّ المنکب إذا عثم وفی کسر الساعد إذا جبر من غیر عثم ولا عیب. وفی کلا الأمرین یناقش بأنّهما علی خلاف فتوی المشهور بأنّ الکسر فی عضو إذا انجبر مع عثم وعیب یکون فیه ثلث دیه العضو لا ثلث دیه النفس، وأنّه إذا انجبر من غیر عثم ولا عیب یکون دیته خمس دیه ذلک العضو، وعلیه فیکون فی المرفق والساعد إذا انجبرتا من غیر عثم ولا عیب فدیه کلّ منهما مئه دینار، وإذا انجبرتا مع عثم وعیب فدیه کلّ منهما ثلث دیه الید أی مئه وسته وستون دیناراً وثلثا دینار، وذکر أنّه یحمل ما ورد فی المنکب علی صوره شلل العضو، وأنّ الحمل لا موجب له بعد ثبوت ثلث دیه النفس فی کسر الساعد مع عدم عثم عیب ولا بأس أن یقال ما ورد فی کسر الساعد إذا انجبر بنحو أوجب شلل الساعد، وکذا فی کسر المرفق یثبت فی کلّ منهما ثلثا دیتهما.

دیه کسر المرفق

[۱] کما ورد فی معتبره ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام ورد: فی المرفق إذا کسر

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۳۰۱ ، الحدیث ۲۶.

مسأله ۳۲۴: فی کسر کلا الزندین إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی کسر إحداهما خمسون دیناراً[۱] وفینقل عظامها نصف دیه کسرها.

مسأله ۳۲۵: فی رضّ أحد الزندین إذا جبر علی غیر عیب ولا عثم ثلث دیه الید[۲].

الشَرح:

فجبر علی غیر عثم ولا عیب فدیته مئه دینار وذلک خمس دیه الید، وإن انصدع فدیته أربعه أخماس کسره ثمانون دیناراً، فإن نقل منه العظام فدیته مئه وخمسه وسبعون دیناراً: للکسر مئه دینار، ولنقل العظام خمسون دیناراً، وللموضحه خسمه وعشرون دیناراً، فإن کانت فیه ناقبه فدیتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، فإن رضّ المرفق فعثم فدیته ثلث دیه النفس ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن کان فکّ فدیته ثلاثون دیناراً(۱).

دیه کسر الزند

[۱] وقد ورد فی المعتبره من کتاب ظریف فی ضمن بیان دیه کسر الساعد: وفی الکسر لأحد الزندین خمسون دیناراً، وفی کلیهما مئه دینار(۲).

[۲] وفیه أیضاً أنّ الرسغ إذا رضّ فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستّون دیناراً وثلثا دینار، قال فی التهذیب: قال الخلیل: الرسغ مفصل ما بین الساعد والکف(۳). وعلی ذلک یکون المراد من الرسغ والزند شیئاً واحداً، ویکون فیالزند إذا رضّ وجبر علی غیر عیب ونقص ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستون دیناراً وثلثا دینار.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۰، الباب ۱۰ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۱، الباب ۱۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) التهذیب ۱۰ : ۳۰۲، وانظر کتاب العین ۴ : ۳۷۷، ماده «رسغ».

مسأله ۳۲۶ : فی کسـر الکفّ إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب أربعون دیناراً، وفی صدعها اثنان وثلاثون دیناراً، وفی موضـحتها خمسه وعشرون دینـاراً، وفی نقـل عظامها عشرون دیناراً ونصف دینار، وفی نقبها ربع دیه کسـرها وفی قرحه لا تبرأ ثلاثه عشـر دیناراً وثلث دینار[۱].

الشَرح:

دیه کسر الکف

[۱] قـد ورد فی معتبره ظریف: وفی الکف إذا کسـرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب فـدیتها أربعون دیناراً، ودیه صـدعها أربعه أخماس دیه کسـرها اثنان وثلاثون دیناراً، ودیه موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها عشرون دیناراً ونصف دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها عشره دنانیر، ودیه قرحه لا تبرأ ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار(۱).

أقول: ظاهر الکفّ فی المعتبره حیث ذکر بعـد دیه کسـر قصـبه الأصابع ومفاصـلها، مقابل الأصابع، والمذکور من الدیه کماتری دیه کسـر الکفّ ودیه صـدعها ودیه موضـحتها ودیه نقـل عظامهـا الـتی تضـاف إلی دیه الکسـر ودیه نقب الکفّ والقرحه الـتی حدثت فیها فلا تبرأ.

ولکن ورد فی المعتبره أیضاً: ودیه الکف إذا کسـرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الیـد مئه دینار، وإن فکّ الکفّ فدیته ثلث دیه الید مئه دینار وسـته وسـتون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضـحتها ربع دیه کسـرها خسـمه وعشـرون دیناراً، ودیه نقل عظامهـا خمسون دیناراً نصف دیه کسـرها، وفی نافـذتها إن لم تنسـدّ خمس دیه الیـد مئه دیناراً، فإن کانت ناقبه فـدیتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، نهایه الحدیث الأوّل.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲، الباب ۱۱ من أبواب دیات الأعضاء، نهایه الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

فيختلف الوارد فيها فى ديه كسر الكفّ وديه نقل العظام وديه النقب، وهذا الاختلاف فى المعتبره موجود فى نقل الشيخ والصدوق(۱) (قدس سرّهما) أيضاً.

وقد يقال بحمل الأوّل على الكفّ الزائد والثانى على الكفّ الأصلى.

كما يقال بغلط النسخه حيث إنّ ما نقلنا ثانياً كان ديه الكتف لا ديه الكفّ وما نقلنا أوّلاً ديه الكفّ فيكون ديه كسر الكفّ مثل ديه المنكب.

ولكن شىء من الأمرين لا يمكن إثباته فالواردتان فى المعتبره فى موضعين منها متعارضتان، ويقال بأنّه يبنى على الأقل حيث إنّ النقلين فى كلّ من الموضعين متّفقان فى ثبوت الأقل والزائد يدفع بأصاله البراءه.

وبتعبير آخر، بما أنّ الديه من باب الدين وأجزاءه من قبيل الأقلّ والأكثر الاستقلاليين تكون المعارضه بين الدليلين المختلفين فى ثبوت الأقلّ والأكثر فى ناحيه ثبوت الزائد وعدمه، وأمّا بالإضافه إلى ثبوت الأقلّ لا يكون بينهما تعارض.

ويجىء ذلك فى ناحيه ديه القرحه فى الكفّ التى لا تبرأ فإنّ الوارد فيذيل النقل الثانى فإن كان فى الكفّ قرحه لا تبرأ فديتها ثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار فإنّه ثلث ديه كسر الكفّ إذا كان ديه كسرها مئه ديناراً، والوارد فى المعتبره فى الموضع الأوّل وديه القرحه يعنى قرحه الكفّ التى لاـ تبرأ ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار وهذا يساوى مع ثلث ديه كسر الكفّ إذا كان ديه كسرها أربعين ديناراً، وقد ذكرنا أنّ المعارضه فى مثل ذلك يوجب الاقتصار بالأقل والرجوع فيالمقدار الأكثر إلى أصاله العدم.

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا الحال فى الاختلاف الوارد فى المعتبره فى نقل العظام

۱- (۱) التهذيب ۱۰ : ۳۰۲ ، الحديث ۲۶ ، من لا يحضره الفقيه ۴ : ۸۵ ، الحديث ۵۱۵۰.

....

الشَرح:

حيث إنّ الوارد فی المورد الأوّل أنّها عشرون ديناراً ونصف دينار، والمورد الثانی أنّها خمسون ديناراً فيثبت الأقل، ولكن ورد فی المعتبره أنّ ديه نقل العظام نصف ديه كلّ عظم، وبما أنّه لم يتعيّن فيالفرض حدّ لديه كسر الكفّ إلّا بمقدار الأقل كما تقدمّ لا يمكن الأخذ بالعموم المذكور فی نقل عظام كسر الكفّ.

والحاصل أنّ ما فی معتبره ظريف التی نقلها فی الوسائل فی باب ١٢ من أبواب ديات الأعضاء: وديه قرحه فی الكف التی لا تبرأ ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار، وورد فيها قبل ذلك: فإن كان فی الكف قرحه لا تبرأ فديتها ثلاثه وثلاثون وثلث دينار(١).

وورد فی ما رواه فی الباب الثانی من ديات الشجاج والجراح من صحيحه يونس: وفی قرحه لا تبرأ ثلث ديه العظم الذی هو فيه(٢).

وعليه فإن كان ديه كسر الكف أربعين ديناراً فثلثه يكون ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار، وإذا كانت ديه كسرها مئه دينار تكون ديه القرحه ثلاثه وثلاثون وثلث دينار، ومع التعارض كما ذكرنا يؤخذ بالأقل على ما تقدّم بيانه.

وورد أيضاً فی صحيحه يونس المتقدّمه: وفی نقل عظامه نصف ديه كسره(٣). مع أنّه قد ورد فی معتبره ظريف بعد بيان أنّ ديه كسر الكف أربعون ديناراً أنّ ديه نقل عظام الكفّ عشرون ديناراً ونصف، مع أنّ مقتضی عموم صحيحه يونس أن يكون ديه نقل عظام الكفّ عشرين لا عشرين ونصف، ولا مانع من الالتزام بأنّ زياده نصف دينار فی نقل عظام الكف وأنّ ذلك تخصيص للعموم الوارد فی صحيحه يونس.

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٠٣ - ٣٠٤ ، الباب ١٢ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧٨ ، الباب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ٣.

٣- (٣) المصدر السابق.

مسأله ۳۲۷ : فی کسر قصبه إبهام الکفّ إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وفی صدعها سته وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی نقل عظامها سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّها عشره دنانیر[۱].

مسأله ۳۲۸ : فی کسر کلّ قصبه من قصب أصابع الکفّ دون الإبهام إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب عشرون دیناراً وثلثا دینار[۲]. وفی موضحه کلّ قصبه من تلک القصب الأربع أربعه دنانیر وسدس دینار، وفی نقل کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

الشَرح:

دیه قصبه الإبهام

[۱] ورد ذلک فی معتبره ظریف حیث ورد فیها: أنّ دیه قصبه الإبهام التی فی الکفّ تجبر علی غیرعثم خمس دیه الإبهام ثلاثه وثلاثون وثلث دینار، إذا استوی جبرها وثبت، ودیه صدعها سته وعشرون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار ودیه نقل عظامها سته عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار نصف دیه نقل عظامها، ودیه موضحتها نصف دیه ناقلتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه فکّها عشره دنانیر(۱) وحیث لم یرد فیها ولا فی غیرها ما یعارضها تعیّن الأخذ بها.

دیه کسر قصبه الأصابع

[۲] وقد ورد فی معتبره ظریف المتقدّمه: ودیه قصب أصابع الکفّ سوی الإبهام فی کلّ قصبه عشرون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحته فی کلّ قصبه من القصب الأربع أصابع أربعه دنانیر وسدس دینار ونقل کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲ - ۳۰۳، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۲۹ : فی کسر المفصل الذی فیه الظفر من الإبهام فی الکفّ إذاجبر علی غیر عیب ولا عثم سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذا فی نقبها وفی صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها خمسه دنانیر[۱].

مسأله ۳۳۰ : فی کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی الکفّ غیر الإبهام سته عشر دیناراً وثلثا دینار[۲] وفی صدع کلّ قصبه منهنّ ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذلک فی نقبها وفی فکّها خمسه دنانیر.

الشَرح:

دیه کسر المفصل الذی فیه الظفر من الإبهام

[۱] کما ورد فی معتبره ظریف: ودیه المفصل الثانی من أعلی الإبهام إن کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب سته عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه الموضحه إن کانت فیها أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه ثقبها أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه نقل عظامها خمس دنانیر(۱).

دیه کسر المفصل من الأصابع

[۲] للأصابع الأربعه غیر الإبهام لکلّ منها ثلاثه مفاصل، وفی کسر کلّ مفصل من تلک الأصابع دیه المفصل الذی تلی الکفّ سته عشر دیناراً، وفی صدع کلّ قصبه منهن ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ونقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذا فی نقبها وفی فکّها خمسه دنانیر حیث ورد فی المعتبره المقدمّه: ودیه کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی الکفّ سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی صدع کلّ قصبه منهن ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، فإن کان فی الکفّ قرحه لا تبرأ فدیتها ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲ ۳۰۳، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۳۱ : فی کسر المفصل الأوسط[۱] من الأصابع الأربع أحد عشر دیناراً وثلث دینار، وفی صدعه ثمانیه دنانیر ونصف دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وکذا فی نقبه، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار.

مسأله ۳۳۲ : فی کسر المفصل الأعلی من الأصابع الأربع[۲] خمسه دنانیر وأربعه أخماس دینار وفی صدعه أربعه دنانیر وخمس دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبه دیناران وثلثا دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار.

الشَرح:

ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحته أربعه دنانیر وسدس دینار، وفی نقبه أربعه دنانیر وسدس دینار. وفی فکّه خمسه دنانیر(۱). وقد ذکرنا حیث لا معارض لذلک غیر ما ذکر فی القرحه التی لا تبرأ یؤخذ بما ورد فیها.

دیه کسر المفصل الأوسط

[۱] قد ورد فی المعتبره المتقدّمه: ودیه المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع خمسه وخمسون دیناراً وثلث دینار، وفی کسره أحد عشر دیناراً وثلث دینار وفی صدعه ثمانیه دنانیر ونصف دینار، وفی موضحته دیناران وثلثا دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبه دیناران وثلثا دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار(۲).

دیه کسر المفصل الأعلی

[۲] وورد فیها أیضاً: وفی المفصل الأعلی من الأصابع الأربع إذا قطع سبعه وعشرون دیناراً ونصف وربع ونصف عشر دینار، وفی کسره خمسه دنانیر وأربعه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲ - ۳۰۳ ، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) المصدر المتقدم.

مسأله ۳۳۳ : فی الورک إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب خمس[۱] دیه الرجل، وفی صدعه أربعه أخماس دیه کسره، وفی موضحته ربع دیه کسره، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس، والأقرب أنّ دیه فکّه ثلاثون دیناراً.

الشَرح:

أخماس دینار، وفی صدعه أربعه دنانیر وخمس دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث، وورد فی المعتبره أیضاً: وفی ظفر کلّ إصبع منها خمسه دنانیر(۱).

دیه الورک

[۱] ویشهد لذلک ما فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال: فی الورک إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، وإن صدع الورک فدیته مئه وستون دیناراً أربعه أخماس دیه کسره، فإن أوضحت فدیته ربع دیه کسره خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامه مئه وخمسه وسبعون: لکسرها مئه دینار، ولنقل عظامها خمسون دیناراً، ولموضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه فکّها ثلاثون دیناراً، فإن رضّت فعثمت فدیتها ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار الحدیث(۲).

وظاهر خمس دیه الرجلین أنّ الدیه کذلک فی کسر الورکین فیکون فی کسر أحدهما نصفها، وکذا فی صدع أحدهما ویدلّ علی ذلک: ودیه نقل عظامها مئه وخمسه وسبعون دیناراً مئه دینار لکسرها ولنقل عظامها خمسون دیناراً ولموضحتها خمسه وعشرین دیناراً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۲ - ۳۰۴ ، الباب ۱۲ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۶ - ۳۰۷ ، الباب ۱۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۳۴ : فی الفخذ إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه[۱] الرجل فإن عثمت فدیتها ثلث دیه الرجل وفی صدعهاثمانون دیناراً وفی موضحتها ربع دیه کسرها وکذلک فی نقبها، وفینقل عظامها نصف دیه کسرها، وإن کانت فیها قرحه لا تبرأ فدیتها ثلث دیه کسرها.

الشَرح:

دیه الفخذ

[۱] وفی الفخذ علی ما فی کتاب ظریف: إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، فإن عثمت فدیتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وذلک ثلث دیه النفس، ودیه صدع الفخذ أربعه أخماس دیه کسرها مئه دینار وستون دیناراً، فإن کانت قرحه لا تبرأ فدیتها ثلث دیه کسرها ستّه وستّون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها مئه دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً(۱).

والمفروض فی ظاهر ما ذکر الجنایه علی کلا الفخذین نظیر فرض الجنایه علی الورک قبل ذلک. وعلیه یکون فی کسر إحدی الفخذین مئه دینار، ومع عثمها فالدیه ثلث دیه الرجل یعنی المئه وستّه وستّین دیناراً وثلثا دینار، وفی صدع إحدی الفخذین ثمانون دیناراً أربعه أخماس دیه کسرها فإن کانت فی إحدی الفخذین قرحه لا تبرأ فدیتها ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، کما هو الحال أیضاً فی موضحه إحداهما، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها خمسون دیناراً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۶ - ۳۰۷ ، الباب ۱۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۳۵ : فی کسر الرکبه إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[۱] وفی صدعها ثمانون دیناراً وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً، ودیه فکّها ثلاثون دیناراً، وفی رضّها إذا عثمت ثلث دیه النفس وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلث دیه کسرها.

الشَرح:

دیه کسر الرکبه

[۱] الوارد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی الرکبه إذا کسرت وجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، فإن انصدعت فدیتها أربعه أخماس دیه کسرها مئه وستون دیناراً، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامها مئه دینار وخمسه وسبعون دیناراً: منها دیه کسرها مئه دینار، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، فإن رضّت فعثمت ففیها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن فکّت فدیتها ثلاثه أجزاء من دیه الکسر ثلاثون دیناراً(۱).

ولا یخفی أنّ ما ذکر فیها من قوله: وفی الرکبه إذا کسرت إلی قوله: ودیه نقل عظامها، یرجع إلی فرض الجنایه علی کلا الرکبتین بقرینه ما فسّر من أنّ فی نقل عظامها مئه وخمسه وسبعون دیناراً بأنّ مئه دینار دیه کسرها وفینقل عظامها خمسون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، فیکون ما ذکر من تحدید دیه الکسر بمئتین ودیه الانصداع بمئه وستّین، ودیه الموضحه بخمسین دیناراً بفرض الجنایه علی کلتیهما، وما ورد فی دیه نقبها من أنّ دیته ربع دیه کسرها خمسون دیناراً فرض أیضاً للنقب فی کلتا الرکبتین بقرینه أنّ المئتین ربعهما خمسون دیناراً فیکون دیه کسر إحداهما مئه وربعها خمسه وعشرون دیناراً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۷ - ۳۰۸، الباب ۱۶ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۳۶: فی کسر الساق إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[۱] ومع العثم مئه وستون دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ثمانون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً وکذلک فی نقل عظامها وفی نفوذها ودیه نقبها نصف دیه موضحتها، وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

الشَرح:

وأمّا ما ورد فی دیه الرضّ فعثمت ففیها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار فلا یبعد أن تکون دیتها فی الجنایه فی إحداهما کذلک إذا کان العثم یوجب شلل الرکبه نوعاً والشلل فی عضو یوجب الدیه بثلثی دیه العضو وثلثا دیه الرجل أو الرکبه ثلث دیه النفس، وما ورد فیه من أنّ فإن فکّت فدیتها ثلاثه أجزاء من دیه الکسر أیضاً فرض لوقوع الفکّ فی أحدهما بقرینه ثلاثون دیناراً حیث إنّه ثلاثه أجزاء من دیه الکسر فی إحداهما.

دیه کسر الساق

[۱] قد ورد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی ذیل دیه کسر الرکبه: وفی الساق إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، ودیه صدعها أربعه أخماس دیه کسرها مئه وستون دیناراً، وفی موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، وفی نقبها نصف موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وفی نقل عظامها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، وفی نفوذها ربع دیه کسرها خمسون، وفی قرحه لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن عثم الساق فدیتها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، الحدیث(۱) والظاهر فرض القرحه فی إحدی الساقین للعموم الوارد فی صحیحه یونس من قوله: وفی قرحه لا تبرأ(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۷ - ۳۰۸ ، الباب ۱۶ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۸ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۳.

مسأله ۳۳۷ : فی رضّ الکعبین إذا جبرتـا علی غیرعثم ولا عیب ثلث دیه النفس، وفی رضّ إحـداهما إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب نصف ذلک[۱].

مسأله ۳۳۸ : فی القدم إذا کسـرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[۲] وفی موضـحتها ربع دیه کسرها، وفی نقل عظامها نصف دیه کسرها، وفی نافذتها التی لا تنسدّ مئه دینار، وفی ناقبتها ربع دیه کسرها.

الشَرح:

دیه رضّ الکعبین

[۱] وفی کتـاب ظریف فی ذیـل دیه الرکبه والسـاق: وفی الکعب إذا رضّ فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه الرجلین ثلاثمئه وثلاـثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار(۱). وقـد تقـدّم أنّ مـا تقـدّم علیه من دیه الرکبه والسـاق قرینه علی فرض الکسـر فی کلتیهما ویکون فی رضّ واحده منهما مع جبرها من غیر عثم وعیب نصف ثلث دیه الرجلین یعنی سدس دیه الرجلین.

دیه کسر القدم

[۲] المراد من کسـر القـدم کسـر غیر الکعب وغیر أصابع القـدم فإنّها إذا کسـرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، ودیه موضـحتها ربع دیه کسـرها، وفی نقل عظامها نصف دیه کسـرها، وفی نافذتها التی لا تنسدّ مئه دینار، وفیناقبتها ربع دیه کسـرها، وفی کتاب ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام : القدم إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجل مئتا دینار، ودیه موضـحتها ربع دیه کسـرها خمسون دیناراً، وفینقل عظامها مئه دینار نصف دیه کسـرها، وفی نافـذه فیها لا تنسدّ خمس دیه الرجل مئتا دینار، وفی ناقبه فیها ربع دیه کسـرها خمسون دیناراً(۲). وظاهر ما فی الکتاب فرض إصابه الکسـر علی کلتا القدمین بقرینه ما تقدّم من أنّ دیه کسر

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۷ - ۳۰۸ ،الباب ۱۶ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۸ ، الباب ۱۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله ۳۳۹ : دیه کسر قصبه الإبهام التی تلی القدم کدیه قصبه الإبهام من الید[۱] وفی نقل عظامها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وکذلک الحال فی صدعها، ودیه موضحتها ونقبها وفکّها کدیتها فی الید، ودیه کسر الأعلی من الإبهام وهو الثانی الذی فیه الظفر کدیه کسر الأعلی من الإبهام فی الید، وکذلک الحال فی موضحتها ونقبها وصدعها، وفی نقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

الشَرح:

واحده من الرجلین مئه دینار، فتحدید الدیه بمئتین یتمّ مع فرض وقوع الکسر علی کلتا الرجلین، وبهذا یظهر الحال فیما ورد فی الکتاب فی موضحتها ونقل عظامها ونافذتها وناقبتها.

دیه کسر قصبه الإبهام

[۱] الوارد فی کتاب ظریف: ففی الإبهام ثلث دیه الرجل (الرجلین) ثلاثمئه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، ودیه کسر قصبه الإبهام التی تلی القدم خمس دیه الإبهام ستّه وستّون دیناراً وثلثا دینار، وفی نقل عظامها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّها عشره دنانیر(۱).

أقول: الوارد فی الکتاب ناظر إلی قطع الإبهام من کلتا القدمین، وکذلک دیه کسر قصبته الإبهام حیث إنّ ثلاثمئه وثلاثون وثلث دینار ثلث دیه الرجلین، وکذا فی کسر قصبه الإبهام ستّه وستّون وثلثا دینار خمس دیه الإبهامین لا دیه أحد الإبهامین.

ثمّ إنّ الوارد فیها أنّ دیه نقل عظام قصبه الإبهام ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، ولکن الوارد فیما رواه الکلینی أیضاً فی صحیحه یونس، عن أبی الحسن علیه السلام أنّ دیه نقل عظام کلّ کسر نصف دیه الکسر(۲). وعلیه یکون دیه نقل عظام القصبه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۸، الباب ۱۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) الکافی ۷ : ۳۲۷، الحدیث ۵.

وفی فکّها خمسه دنانیر[۱] وفی کسر قصبه کلّ من الأصابع الأربعه سوی الإبهام ستّه عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه صدعها[۲] ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه موضّحتها ونقبها ونقل عظامها کدیتها فی الید، وفی قرحه لا تبرأ فی القدم ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

الشَرح:

نصف دیه کسره أی ستّه عشر دیناراً وثلثا دینار کما فی نقل عظم قصبه الإبهام من الید فلابدّ من الالتزام بأنّ النقل فی عظام قصبه الإبهام مما یلی القدم خارج عن العموم المذکور وأمّا دیه الصدع والموضحه والنقب والفک کما تقدّم فی إبهام الید.

دیه فک قصبه الإبهام

[۱] وفی کتاب ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام : ودیه المفصل الأعلی من الإبهام وهو الثانی الذی فیه الظّفر ستّه عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحته أربعه دنانیر وسدس، وفی نقل عظامه ثمانیه دنانیر وثلث، وفی ناقبته أربعه دنانیر وسدس، وفی صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث، وفی فکّها خمسه دنانیر(۱).

دیه کسر قصبه أصابع الرجل

[۲] وفی کتاب ظریف أیضاً بعد نقل دیه المفصل الأعلی من الإبهام ودیه الإصبع دیه کلّ إصبع منها سدس دیه الرجل ثلاثه وثمانون دیناراً وثلث دینار(۲).

أقول: المراد دیه قطع کلّ إصبع من الأصابع الأربع فإنّ دیته سدس دیه الرجل الواحده بقرینه تعیین ثلاثه وثمانین وثلث دینار فإنّ سدس خمسمئه دینار یساوی ما ذکر، والوارد فی الکتاب بعد ذلک: ودیه قصبه الأربع سوی الإبهام دیه کلّ قصبه منهن ستّه عشر دینار وثلثا دینار، ودیه موضحه کلّ قصبه منهنّ أربعه دنانیر وسدس دینار،

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۸ - ۳۰۹ ، الباب ۱۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) المصدر السابق.

مسأله ۳۴۰: فی کسر المفصل الأخیر من کلّ من الأصابع الأربع من القدم غیر الإبهام ستّه عشر دیناراً[۱] وثلث دینار، وفی صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی کسر المفصل الأوسط من الأصابع الأربع أحد عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ثمانیه دنانیر وأربعه أخماس دینار، وفی موضحتها دیناران، وفی نقل عظامها خمسه دنانیر وثلثا دینار، ودیه نقبها کدیته فی الید، وفی فکّها ثلاثه دنانیر، ودیه کسر المفصل الأعلی منها کدیته فی الید، وکذلک فیصدعها، وفی موضحتها دینار وثلث دینار، وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها دیناران وخمس دینار، وفی فکّها دیناران وأربعه أخماس دینار.

الشَرح:

ودیه نقل عظم کلّ قصبه منهن ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه نقب کلّ قصبه منهن أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه قرحه لا تبرأ فی القدم ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار(۱). وما فی المذکور ودیه قصبه الأربع سوی الإبهام دیه کلّ ستّه عشر دیناراً المراد دیه کسرها بقرینه ذکر دیه القطع قبل ذلک وکونه تعییناً لدیه الکسر فی مقابل دیه کسر الإبهام.

دیه کسر المفصل الأخیر من أصابع القدم غیر الإبهام

[۱] قد ورد فی الکتاب بعد نقل ما ذکر: ودیه کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی القدم ستّه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه نقل عظام کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه موضحه کلّ قصبه منهنّ أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه نقبها أربعه دنانیر وسدس دینار ودیه فکّها خمسه دنانیر وفی المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع فدیته خمسه وخمسون دیناراً وثلثا دینار، ودیه کسره أحد عشر دیناراً وثلثا دینار ودیه صدعه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰۸ - ۳۰۹، الباب ۱۷ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

ثمانيه دنانير وأربعه أخماس دينار، وديه موضحته ديناران، وديه نقل عظامه خمسه دنانير وثلثا دينار وديه نقبه ديناران وثلثا دينار، وديه فكّه ثمـانيه دنـانير (ثلاـثه دنـانير وثلثـا دينـار) وفى المفصـل الأعلى من الأصابع الأربع التى فيها الظفر إذا قطع فـديته سـبعه وعشـرون ديناراً وأربعه أخماس دينار، وديه كسـره خمسـه دنانير وأربعه أخماس دينار، وديه صـدعه أربعه دنانير وخمس دينار، وديه موضـحته دينـار وثلث دينار، وديه نقل عظامه ديناران وخمس دينار، وديه نقبه دينار وثلث دينار، وديه فكّه ديناران وأربعه أخماس دينار، وديه كلّ ظفر عشره دنانير وفى موضحه الأصابع ثلث ديه الأصابع(١).

ثمّ لاـ يخفى أنّ الوارد فى كتـاب ظريف على نقـل الكلينى فى المفصـل الثـانى أنّ ديه فكّه ثلاثه دنانير(٢)، وعلى نقل التهذيب والفقيه ثلاـثه دنانير وثلثا دينار(٣)، فيكون الأـمر فى ديه فـكّ المفصـل الأوسط مردّده بين الأقل والأكثر فيؤخـذ بالأقل أى ثلاثه دنانير على ما تقدّم من قاعده تردّد الدين بين الأقل والأكثر.

وأيضـاً لاـ يخفى أنّ صـاحب الوسائـل نقـل عن الكـافى بعـد بيان أنّ ديه كلّ ظفر عشـره دنانير (وفى موضـحه الأصابع ثلث ديه الأصابع) وأضاف إليه قوله: ورواه الصدوق والشيخ كما مرّ(۴)، أى مثل ما نقل عن الكافى مع أنّ ما ذكره بعـد نقل ديه كلّ ظفر عشـره دنانير ليس فى الكافى ولا الفقيه ولا التهذيب، بل مفاده غير صـحيح قطعاً، حيث إنّ ديه موضحه الأصابع لا يحتمل كونها أزيد من ديه كسرها، بل

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٠٩ - ٣١٠، الباب ١٧ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٢- (٢) الكافى ٧ : ٣۴١، الحديث ١١.

٣- (٣) التهذيب ١٠ : ٣٠٣، من لا يحضره الفقيه ۴ : ٩١.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٠٧ - ٣٠٨، الباب ١٧ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الرابعه): قال فی المبسوط والخلاف: فی الترقوتین الـدیه. وفی کلّ واحـده منهما مقـدّر عنـد أصـحابنا. ولعلّه إشاره إلی ما ذکره الجماعه عن ظریف، وهو فی الترقوه إذا کسرت وجبرت علی غیر عیب أربعون دیناراً[۱].

الشَرح:

لا یناسب مع دیه الموضحه التی ذکرت فی دیات کسر الإصبع وموضحتها فلابدّ من کون ما ذکر من سهو القلم أو غلط النسخه.

وأیضاً ورد فی صحیحه إسحاق بن عمار أو موثقته، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الجرح فی الأصـابع إذا أوضـح العظـم عشـر دیـه الإصـبع إذا لم یرد المجروح أن یقتص» هـذا فی الکـافی والفقیه(۱)، ولکن رواهـا فی التهذیب(۲) وفیه: «نصف عشـر دیه الإصـبع» وشیء من النقلین لا یناسب ما ذکر فی موضحه الأصابع الوارد فیکتاب ظریف؛ لأنّ الـدیه للموضـحه فی الأصابع أقلّها دینار وأکثرها أربعه دنانیر وسدس دینار علی اختلاف موارد الجرح، ولا یحتمل أن یکون دیه جرح الإصـبع أکثر من دیه موضـحه مفاصـل الأصابع، وعلی ذلک تعارض هـذه مع ما ورد فی کتاب ظریف فیؤخـذ بالأقل علی غرار ما تقدّم.

دیه کسر الترقوه

[۱] وبعـد التعرّض لتلـک الفروع علی نهـج تکمله المنهـاج، نعود إلی شـرح مـا فی متن الشـرائع ونعیـد الکلام فی الجنایه بکسـر الترقوه، وقـد ورد فی کتـاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السـلام قال: وفی الترقوه إذا انکسـرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب أربعون دینـاراً فإن انصـدعت فـدیتها أربعه أخماس کسـرها اثنان وثلاثون دیناراً، فإن أوضـحت فـدیتها خمسه وعشـرون دیناراً، وذلک خمسه أجزاء من ثمانیه من دیتها إذا انکسرت، فإن نقل منها العظام فدیتها نصف دیه کسرها عشرون دیناراً، فإن نقبت

۱- (۱) الکافی ۷ : ۳۲۷ ، الحدیث ۷ ، من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۳۷ ، الحدیث ۵۳۰۳.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۲۹۰ - ۲۹۱ ، الحدیث ۶.

(الخامسه): من داس بطن إنسان حتّى أحدث، ديس بطنه، أو يفتدى ذلك بثلث الديه[١]، وهى روايه السكونى، وفيه ضعف.

الشَرح:

فديتها ربع ديه كسرها(١).

وقد نقل الماتن قدس سره عن الشيخ قدس سره فى الخلاف والمبسوط(٢) فى الترقوتين الديه يعنى الديه وفى كلّ واحده منهما مقدّر عند أصحابنا واحتمل أنّ مراد الشيخ قدس سره ما ورد من التقدير المذكور فى كتاب ظريف، ولكنّ الظاهر أنّ مراده قدس سره كما أشرنا ديه النفس وفى كلّ منهما نصفها فى صوره إتلاف الترقوتين أو إحداهما على ما تقرّر فى كلّ ما فى البدن اثنان ففيهما الديه وفى إحداهما نصفها.

ولكن قد يناقش فى شمول ما ذكر لمثل الترقوه التى لا تعدّ عرفاً عضواً فى مقابل سائر الأعضاء من الجسد، وعليه يرجع فى تعيين الديه إلى الحكومه، وكذا ما ورد فى كتاب ظريف من تعيين كسر إحداهما أربعون ديناراً فرض انجباره بغيرعثم وعيب، وأمّا إذا جبرت مع عثم وعيب فلابد من الرجوع إلى الحكومه.

من داس بطن إنسان

[١] المراد وط ء بطن إنسان بالرجل حتّى يحدث بالبول أو الغائط فإنّه يوطأ بطن الواطئبالاقتصاص منه أو يفتدى بثلث الديه أى ديه النفس، وهذا هو المنسوب إلى المشهور.

ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل داس بطن رجل حتّى أحدث فى ثيابه فقضى أن يداس بطنه حتّى يحدث فى ثيابه كما أحدث أو يغرم ثلث الديه(٣).

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٩٩ ، الباب ٩ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٢- (٢) الخلاف ٥ : ٢٦١ ، المسأله ٧٣ ، المبسوط ٧ : ١٥٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٨٢ ، الباب ٢٠ من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.

(السادسه): من افتض بکراً بإصبعه فخرق مثانتها فلاـ تملک بولها فعلیه ثلث دیتها.[۱] وفی روایه دیتها، وهی أولی ومثل مهر نسائها.

الشَرح:

ویناقش فی الاستدلال بها تاره بضعف السند فإنّ فی سندها النوفلی مضافاً إلی کون السکونی عامیّاً.

وأُخری فی الدلاله فإنّ مدلولها حکایه واقعه خاصّه لخفاء خصوصیّتها یمنع عن التعدّی واستفاده الحکم الکلّی.

ولکن لا یخفی ما فی المناقشه فإنّ السکونی موثّق وحسین بن یزید النوفلیالراوی عن السکونی من المعاریف؛ لأنّ جلّ روایات السکونی الکثیره جدّاً المتفرّقه فی الأبواب المختلفه عنه ورواها الکلینی والصدوق والشیخ(۱) أعلی الله مقامهم وعمل بها فی موارد متعدّده، وقد ذکر الشیخ قدس سره عمل الأصحاب بروایته التی راویها النوفلی وأنّ تصدّی الإمام علیه السلام للواقعه ظاهرها بیان الحکم لا مجرّد نقل قضیّه تاریخیّه.

وعلی ذلک فلاـ مورد فی الإشکال فی ثبوت القصاص فی الفرض بدعوی أنّ فیه تغریر النفس وأنّه لو کان الإحداث من قبیل السلس فاللازم ثبوت دیه النفس وإلاّ فالحکومه.

نعم، لا یمکن التعدّی من الروایه والالتزام بما ذکر فی الدوس الموجب لإخراج الریح کما ربّما یظهر من إطلاق الماتن، والوجه فی عدم الإمکان ما ذکر من فرض الإحداث فی ثیابه وفی مثله یرجع إلی الحکومه، واللّه العالم.

من افتض بکراً بإصبعه

[۱] المنسوب(۲) إلی المشهور أنّ الدیه فی الفرض دیه المرأه خمسمئه دینار

۱- (۱) الکافی ۷ : ۳۷۷ ، الحدیث ۲۱ ، من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۴۷ ، الحدیث ۵۳۲۶ ، التهذیب ۱۰ : ۲۵۱ ، الحدیث ۲۶.

۲- (۲) نسبه السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج ۲ : ۳۷۰.

....

الشَرح:

حيث إنّ ديتها نصف ديه الرجل.

ويستدلّ على ذلك بما رواه الشيخ فى التهذيب مرسلاً عن هشام بن إبراهيم(۱) وأنّ الجنايه الموجبه لزوال الإمساك بالبول بالسلس توجب الديه الكامله، بل ذكر الصدوق قدس سره بعد نقل روايه ظريف وأكثر روايات أصحابنا فى ذلك الديه كامله(۲). ولعلّه قدس سره يشير إلى روايات سلس البول.

ولكن لا يخفى أنّ روايه هشام بن إبراهيم ضعيفه لتردّد هشام بن إبراهيم وكونها مرسله.

وأمّا روايات سلس البول فلابدّ من رفع اليد عن إطلاقها بما رواه الشيخ والصدوق (قدس سرّهما) عن كتاب ظريف: فى رجل افتضّ جاريه بإصبعه فخرق مثانتها فلا تملك بولها فجعل لها ثلث الديه مئه وستّه وستّين ديناراً وثلثا دينار، وقضى عليه السلام لها عليه بصداق مثل نساء قومها(۳). وحيث إنّ ديه المرأه نصف ديه الرجل يكون ثلث ديتها ما ذكر مضافاً إلى مهر المثل الذى ديه الافتضاض.

۱- (۱) التهذيب ۱۰ : ۳۰۸، آخر الحديث ۲۶.

۲- (۲) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۹۲، آخر حديث ظريف رقم ۵۱۵۰.

۳- (۳) التهذيب ۱۰ : ۳۰۸، آخر الحديث ۲۶. ومن لا يحضره الفقيه ۴ : ۹۲، آخر الحديث ۵۱۵۰.

المقصد الثانی: فی الجنایه علی المنافع

اشاره

وهی سبعه:

(الأوّل): العقل وفیه الدیه. وفی بعضه الأرش فی نظر الحاکم[۱]، إذ لا طریق إلی تقدیر النقصان. وفی المبسوط: یُقدَّر بالزمان. فلو جُنَّ یوماً وأفاق یوماً، کان الذاهب نصفه. أو جنّ یوماً وأفاق یومین، کان الذاهب ثلثه، وهو تخمین،ولا قصاص فی ذهابه ولا فی نقصانه لعدم العلم بمحله، ولو شجَّه فذهب عقله لم تتداخل دیه الجنایتین. وفی روایه: إن کان بضربه واحده تداخلتا، والأوّل أشبه.

الشَرح:

المقصد الثانی: فی الجنایه علی المنافع

دیه ذهاب العقل

[۱] ذکر قدس سره فی المقام اُموراً:

الأوّل: أنّ دیه ذهاب العقل دیه النفس والظاهر أنّه لا خلاف فیه بحیث یعرف أو ینقل. ویدلّ علیه صحیحه إبراهیم بن عمر، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حیّ بستّ دیات»(۱) ولا یبعد أیضاً أن یستظهر ذلک من صحیحه هشام بن سالم، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «کلّ ما کان فی الإنسان اثنان ففیهما الدیه وفی أحدهما نصف الدیه وما کان فیه واحد ففیه الدیه»(۲) فإنّ عموم: کلّ ما فی الإنسان، یشمل المنافع أیضاً، ومقتضی هذه عدم الفرق فی ذهابه بین أن یکون ذهابه بالضرب علی الرأس وغیره ولو ممّا لا یکون ضرباً ولا جرحاً کما فی إفزاعه حتّی ذهب عقله، بل یفهم من صحیحه إبراهیم بن عمر أیضاً أنّ الدیه الکامله

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۵ ، الباب ۶ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۲.

....

الشَرح:

لذهاب كلّ من تلك المنافع ولو بغير الضرب أو الضرب بالعصا، ويظهر ذلك أيضاً من صحيحه أبى عبيده الحذّاء الآتيه.

الثانى: إن لم يذهب تمام العقل بل بعضه فذكر الماتن قدس سره أنّ فيه الأرش فى نظر الحاكم حيث إنّه المرجع عند عدم تعيين الديه وعلّل قدس سره الرجوع إلى الأرش بأنّه لا طريق إلى معرفه مقدار النقص كما يذكره طريقاً لمعرفه مقدار نقص ضوء العين على ما يأتى.

وذكر الشيخ قدس سره فى المبسوط أنّ الطريق إلى النقص التقدير بالزمان(١)، فلو جنّ يوماً أو شهراً وأفاق يوماً أو شهراً فالذاهب نصفه وإن أفاق يومين أو شهرين فالذاهب ثلثه وهكذا.

ولكن لا يخفى أنّ ما ذكر على تقدير تحقّقه يدخل فى غير العلم واعتباره يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ولعلّه لذلك عبّر قدس سره بأنّ ما ذكر تخمين.

أضف إلى ذلك إمكان ذهاب العقل بالإضافه إلى بعض الأُمور وعدم ذهابه بالإضافه إلى البعض الآخر، فالصحيح الرجوع إلى الأرش على كلّ تقدير حتّى ذهابه فى بعض الزمان وعوده فى بعضه وتكرارهما كذلك المعبّر عنه بالجنون الأدوارى المعدود من النقص فى العقل.

الثالث: أنّه لا قصاص فى ذهاب العقل ولا فى نقصانه وعلّل ذلك بأنّه إذا لم يمكن القصاص من الجنايه ينتقل الأمر إلى الديه إذا كانت للجنايه تقدير، وإن لم يكن تقدير ينتقل إلى الأرش، وحيث لا يعلم موضع القصاص فى ذهاب العقل ونقصانه ينتقل الأمر إلى الديه والأرش.

وبتعبير آخر لا يمكن فى القصاص التعدّى عن مقدار الجنايه الوارده، والمماثله

١- (١) المبسوط ٧ : ١٢۶.

....

الشَرح:

فی الاقتصاص من الجنایه شرط ولا یمکن إحراز المماثله فی القصاص فی الجنایه الموجبه لزوال العقل أو نقصانه.

وعلی الجمله، ففی ذهاب العقل، الدیه وفی نقصانه الحکومه، وهل یعدّ الجنون الأدواری من الجنون بمعنی زوال العقل أو من نقصانه؟ فعلی الأوّل یدخل فیما ورد فی صحیحه ابن عمر المتقدّمه، ویحکم علیه بالدیه وعلی الثانی یحکم بالأرش.

وظاهر الشیخ فی المبسوط والعلّامه فی القواعد(۱) أنّ الدیه تقسط فی الفرض بحسب الزمان علی ما تقدّم.

ولکن الظاهر أنّ الجنون الأدواری یعدّ نقصاً فی العقل ویرجع فیه إلی الحکومه، وما ورد فی صحیحه إبراهیم بن عمر من ثبوت الدیه ینصرف إلی ذهاب عقله مطلقاً کذهاب سائر ما ورد فیها.

الرابع: أنّه لو جرحه فی رأسه فذهب عقله لم تتداخل دیه الشجاج ودیه ذهاب العقل نظیر ما تقدّم من أنّه لو قطع إذنه فذهب سمعه أیضاً تثبت دیه الجنایتین ولم یکن فی البین تداخل.

ولکن فی البین روایه صحیحه مقتضاها التداخل وهی صحیحه أبی عبیده الحذّاء قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل ضرب رجلًا بعمود فسطاط علی رأسه ضربه واحده فأجافه حتّی وصلت الضربه إلی الدماغ فذهب عقله، قال: إن کان المضروب لا یعقل منها أوقات الصلاه ولا یعقل ما قال ولا ما قیل له، فإنّه ینتظر به سنه فإن مات فیما بینه وبین السنه أُقید به ضاربه، وإن لم یمت فیما بینه وبین السنه ولم یرجع إلیه عقله أُغرم ضاربه الدیه فی ماله لذهاب عقله، قلت: فماتری علیه فی

۱- (۱) المبسوط ۷ : ۱۲۶ ، والقواعد ۳ : ۶۸۴.

....

الشَرح:

الشـجّه شـيئاً؟ قال: لا؛ لأنّه إنّما ضـرب ضـربه واحـده فجنت جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضـربه ضـربتين فجنت الضـربتان جنـايتين فألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت فيقاد به ضاربه، فإن ضـربه ثلاث ضـربات واحـده بعد واحده فجنين ثلاث جنايات لالزمته جنايه ما جنت الثلاث الضـربات كائنات ما كانت ما لم يكن فيها الموت فيقاد به ضاربه، قال: فإن ضربه عشر ضربات فجنين جنايه واحده ألزمته تلك الجنايه التى جنتها العشر ضربات(۱).

أقول: يستفاد من هـذه الصـحيحه أنّه إذا وقعت الجنايتـان بضـربه واحـده وكـانت الـديه فى إحـداهما أغلظ من الأُخرى وكانت إحدى الجنايتين مسبّبه عن الأُخرى تدخل ديه غير الأغلظ فى الأغلظ كترتّب ذهاب العقل على الشجّه الحاصله بالضربه الواحده على رأسه، وهـذا بخلاـف ما إذا تعـدّدت الضـربه وحصل بكلّ منها جنايه غير الجنايه الأُخرى الحاصـله من الضـربه الأُخرى فإنّه يلزم بالجنـايتين ويؤخـذ ديتهمـا من الجانى حتّى فيما إذا كانت الـديه فى إحـداهما أغلظ من الأُخرى، وكـذا فيما كانت الضـربه واحده وحصلت جنايتان طوليتان أو عرضيّتان، ولكن لم تكن الديه فى إحداهما أغلظ من الأُخرى.

نعم، لو كـانت إحـدى الجنـايتين مورد القصـاص من النفس فيقاد بها وتطرح غيرها، وإن كانت الجنايات متعـدّده واعتبار الترتّب بين الجنايتين الحاصـلتين من ضـربه واحده لظاهر الفرض فى السؤال، وجواب الإمام عليه السلام راجع إلى المفروض فلا تداخل فيمـا إذا كانت الجنايتان عرضـيتين، سواء كانت الـديه فى إحـداهما أغلظ أم لا، واعتبار الأغلظيّه زائـد على اعتبار كون الجنايتين طوليتين لتعليل الإمام عليه السلام عدم ثبوت الديه على الشجّه فى الرأس التى موردها الديه حيث لا قصاص فى جراحات

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶۶ ، الباب ۷ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الرأس كما لا قصاص فی إذهاب العقل كما يأتی.

وممّا ذكر يظهر أنّه لو قطع أُذنيه فذهب سمعه بذلك تثبت ديه السمع وديه الأُذنين وإن كانت الجنايتان بضربه واحده مترتّبتين؛ لأنّ إحداهما ليس أغلظ فی الديه من الأُخرى.

وبالجمله، القاعده الأوّليّه ثبوت الديه فی كلّ جنايه ومع تعدّد الجنايه تتعدّد الديه، سواء كانتا مترتّبتين أو عرضيتين، سواء كانتا بضربه واحده أو متعدّده، كما هو مقتضى إطلاق خطابات الديه فی الجنايات فيرفع اليد عن ذلك بمقدار قيام الدليل عليه.

وكيف ما كان، فلا موجب لرفع اليد عن الصحيحه فإنّ ما ذكرنا من مقتضاها غايته رفع اليد عن إطلاق خطابات ديه الجنايات وقد حكی(۱) عن جماعه من الأصحاب العمل بها.

هذا كلّه فيما إذا كانت كلّتا الجنايتين موجبه للديه بالأصاله، وأمّا إذا كانتا موجبتين القصاص بإن كانت إحدى الجنايتين جرحاً والآخر قتلاً فإن كانت الجرح والقتل بضربه واحده ترتّب عليه الجرح والقتل فلا ينبغی التأمّل فی دخول قصاص الطرف فی قصاص النفس؛ لأنّ القتل فی الغالب بالسرايه من الجرح كما إذا قطعت يده من المنكب ثمّ مات.

ويدلّ على ذلك صحيحه محمّد بن قيس، عن أحدهما عليهماالسلام فی رجل فقأ عينی رجل وقطع أُذنيه ثمّ قتله، فقال: «إن كان فرق ذلك اقتصّ منه ثمّ يقتل، وإن كان ضربه ضربه واحده ضربت عنقه ولم يقتصّ منه(۲) فإنّ ظاهر الذيل دخول

۱- (۱) حكاه الفاضل الهندی فی كشف اللثام ۲ : ۵۱۱ ، (الطبعه القديمه)، والشهيد الثانی فی مسالك الأفهام ۱۵ : ۴۴۵.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۱۱۲ ، الباب ۵۱ من أبواب قصاص النفس، الحديث الأوّل.

..... .

الشَرح:

قصاص الطرف فی قصاص النفس.

ویدلّ أیضاً صحیحه حفص بن البختری، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل ضرب علی رأسه فذهب سمعه وبصره واعتقل لسانه ثمّ مات؟ فقال: «إن کان ضربه ضربه بعد ضربه اقتصّ منه ثمّ قتل، وإن کان أصابه هذا من ضربه واحده قتل ولم یقتصّ منه»(۱) وظاهر هذه أیضاً أنّ مع وحده الضربه یدخل قصاص الطرف فی قصاص النفس کما أنّ ظاهرهما أنّ مع تعدّد الضربه وحصول جنایه بکلّ منهما، لا یدخل قصاص الطرف فی قصاص النفس.

هذا فیما إذا لم یکن القتل مستنداً إلی مجموع الضربتین وإلاّ یثبت قصاص النفس فقط، والظاهر عدم الفرق بین أن تکون الضربتان متفرّقتین من حیث الزمان أو متفقتین فإن استند الموت إلی کلتا الضربتین والمجموع یثبت قصاص النفس فقط، وأمّا فی صوره الاستناد إلی إحداهما لا یدخل قصاص الطرف فی قصاص النفس، وإن یستظهر من صحیحه أبی عبیده الحذاء المتقدّمه التداخل فیما إذا کانت جنایتان متعدّدتان فی أحدهما قصاص النفس تطرح الأُخری، وإن کانت بضربات متعدّده حیث قال علیه السلام فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء: «ولو کان ضربه ضربتین فجنت الضربتان جنایتین لألزمته جنایه ما جنتا کائناً ما کان إلاّ أن یکون فیهما الموت بواحده وتطرح الأُخری فیقاد به ضاربه، فإن ضربه ثلاث ضربات واحده بعد واحده فجنین ثلاث جنایات ألزمته جنایه ما جنت الثلاث ضربات کائنات ما کانت ما لم یکن فیها الموت فیقاد به ضاربه»(۲) الحدیث.

وظاهر ما ذکر أنّ مع تعدّد الضربات وتعدّد الجنایات إذا کان أحدها الموت أی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۱۲ ، الباب ۵۱ من أبواب قصاص النفس، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۶ ، الباب ۷ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

وفی روایه لو ضرب علی رأسه فذهب عقله انتظر به سنه[۱]، فإن مات فیها قید به، وإن بقی ولم یرجع عقله ففیه الدیه، وهی حسنه، ولو جنی فأذهب العقل ودفع الدیه ثمّ عاد لم یرتجع الدیه؛ لأنّه هبه مجدّده من اللّه.

الشَرح:

موجب القصاص تطرح الأُخری ولو کان الموت مترتّب علی إحدی الجنایتین أو الجنایات. وبالجمله، فالوارد فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء یعارضه ما ورد فی صحیحه محمّد بن قیس بل صحیحه حفص، ولا ینبغی التأمّل فی أنّ مدلول الصحیحتین موافق للکتاب المجید الدالّ علی ثبوت القصاص کالنفس فی الأطراف والجروح والخارج عن ذلک صوره سرایه الجنایه علی الطرف أو الجرح علی النفس حیث یثبت معه قصاص النفس فقط أو دیه النفس علی ما تقدّم فی کتاب القصاص من ثبوت قصاص النفس إذا کان الجنایه علی الطرف أو الجرح قاتله أو قصد الجانی بها قتل المجنی وترتّب علیه القتل ولو لم تکن قاتله عاده، وأمّا إذا لم تکن قاتله ولم یقصد بها القتل لکن ترتّب علیه القتل اتفاقاً حیث یثبت فی هذه الصوره دیه النفس.

لا یقال: إنّ مدلول صحیحه محمّد بن قیس عدم تداخل قصاص الطرف فی قصاص النفس إذا کان الضرب بضربتین فیما کانت الضربتان متفرّقتین زماناً، ومدلول صحیحه أبی عبیده فیما کان الضربه بعد ضربه بأن کانتا متوالیتین، فالالتزام بتداخل قصاص الطرف فی قصاص النفس فی الثانی لا تنافی عدم التداخل فیما إذا کانت الضربتان متفرّقتین من حیث الزمان.

فإنّه یقال: المراد بالتفرّق فی صحیحه محمّد بن قیس کونه بضربات متعدّده فی مقابل الجنایتین إحداهما ترتّب الموت علیها بضربه واحده لا التفریق بینهما من حیث الزمان فراجعها.

لو ضرب علی رأسه فذهب عقله

[۱] الأمر الخامس أنّه قد ورد فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء المتقدّمه: سألت

....

الشَرح:

أبا جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلًا بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتّى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاه ولا يعقل ما قال ولا ما قيل له فإنّه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه وبين السنه أُقيد به ضاربه، وإن لم يمت فيما بينه وبين السنه ولم يرجع إليه عقله أُغرم ضاربه الديه فى ماله لذهاب عقله(۱). الحديث، فإنّ الروايه كما ذكرنا صحيحه وليس بحسنه حيث إنّ الكلينى قدس سره رواها عن الحسن بن محبوب، عن جميل بن صالح، عن أبى عبيده بطريقين: أحدهما على بن إبراهيم، عن أبيه، عن الحسن بن محبوب، والطريق الآخر: محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب(۲)، والمتعيّن العمل بالوارد فيها فينتظر من زمان الجنايه إلى سنه فإن عاد عقله قبل تمام السنه يرجع إلى الأرش وديه الضربه، وإن لم يعد تثبت ديه ذهاب العقل على ما تقدّم.

ولو أدّى الجانى الديه ثمّ عاد عقله فظاهر الماتن أنّه لم يرتجع الديه؛ لأنّ عود العقل هبّه جديده من اللّه سبحانه لا ينافى عوده مع زواله بالجنايه من قبل، سواء كان عوده قبل تمام السنه من الجنايه وزواله أو عوده بعد مضى السنه؛ ولذا حكى عن بعض الأصحاب التفصيل بأنّه إن كان العود بحيث يحكم أهل الخبره بأنّه لم يكن العقل زائلًا بل كان الإغماء العارض من الضربه موجباً لعدم إدراكه يرتجع الديه، بخلاف ما إذا كان الرجوع عندهم أمراً غير عادياً فإنّه يحسب عوده هبه من اللّه، وظاهر الصحيحه التفصيل بين عوده قبل تمام السنه وعوده بعد تمامها فيرتجع الديه فى العود فى الأوّل دون الثانى.

وما يظهر من روايه أبى حمزه الثمالى من عدم جواز ارتجاع الديه حتّى فيما إذا

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶۶ ، الباب ۷ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

۲- (۲) الكافى ۷ : ۳۲۵ ، الحديث الأوّل.

(الثانی): السمع وفیه الدیه [۱] إن شهد أهل المعرفه بالیأس. فإن أمّلوا العود بعد مدّه معیّنه، توقّعنا انقضاءها. فإن لم یعد، فقد استقرّت الدیه.

الشَرح:

عاد عقله قبل تمام السنه قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام : جعلت فداك ما تقول فی رجل ضرب رأس رجل بعمود فسطاط فأمّه حتّی ذهب عقله؟ قال: علیه الدیه، قلت: فإنّه عاش عشره أیّام أو أقل أو أكثر فرجع إلیه عقله، أله أن یأخذ الدیه؟ قال: لا، قد مضت الدیه بما فیها، قلت: فإنّه مات بعد شهرین أو ثلاثه، قال أصحابه: نرید أن نقتل الرجل الضارب، قال: إن أرادوا أن یقتلوه یردّوا الدیه ما بینهم وبین السنه، فإذا مضت السنه فلیس لهم أن یقتلوه، ومضت الدیه بما فیها(۱).

ولا یخفی أنّ ظاهرها عدم ارتجاع الدیه حتّی بعد رجوع عقله بعشره أیّام، وحیث إنّ سندها ضعیف لا یمكن رفع الید عمّا هو ظاهر صحیحه أبی عبیده الحذّاء المتقدّمه.

السمع

[۱] لا خلاف فی أنّ فی ذهاب السمع الدیه وقد ورد فی صحیحه إبراهیم بن عمر المتقدّمه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حیّ، بستّ دیات(۲).

وفی كتاب الدیات الذی عرضه یونس بن عبدالرحمن علی الرضا علیه السلام فی ذهاب السمع كلّه ألف دینار(۳). ویدلّ علی ذلك صحیحه سلیمان بن خالد أیضاً عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّه قال فی رجل ضرب رجلاً فی أُذنه بعظم فادّعی أنّه لا یسمع، قال: یترصّد ویستغفل وینتظر به سنه، فإن سمع أو شهد علیه رجلان أنّه یسمع، وإلاّ حلّفه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۷ ، الباب ۷ من أبواب دیات المنافع، الحدیث ۲.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۵ ، الباب ۶ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.
۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

وأعطاه الديه، قيل يا أمير المؤمنين فإن عثر عليه بعد ذلك أنّه يسمع؟ قال: إن كان اللّه ردّ عليه سمعه لم أرَ عليه شيئاً(۱).

وما ذكر الماتن عليه السلام من أنّ استحقاق المجنى عليه الديه إنّما هو على تقدير شهاده أهل الخبره باليأس عن عود عقله، وأمّا إذا قالوا بالأمل فى عوده بعد مدّه كذا ينتظر إلى تلك المدّه فإن لم يعد فيها استقرّت الديه.

ولكن ظاهر ما ورد فى صحيحه سليمان بن خالد أنّه مع عدم إحراز ذهاب العقل أو احتمال عوده ينتظر إلى سنه ويترصّد ويستغفل بسؤاله فإن انكشف أنّه يسمع أو شهد شاهدان أنّه يسمع فلا يعطى الديه هو أنّ مده الانتظار سنه كما فى ذهاب العقل وبعد السنه إن لم يثبت أنّه يسمع ولم يشهد عليه شاهدان فيحلّف المجنى عليه على عدم سماعه ويعطى الديه ولا يحتمل أن يكون فرق بين إحراز زوال العقل حين الجنايه واحتمال عوده وبين دعواه ذهاب عقله مع احتمال كذب دعواه واحتمال العود على تقدير صدقه.

نعم، إذا ثبت ذهاب سمعه وعوده قبل تمام السنه يرجع إلى الأرش على ما تقدّم فى ذهاب العقل.

ولكن قد ورد فى صحيحه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل ضرب بعظم فى أُذنه فادّعى أنّه لا يسمع؟ قال: «إذا كان الرجل مسلماً صدّق»(۲) فإن أمكن حملها على صوره حلفه بعد الانتظار على ما يأتى كيفيّه إحلافه وبيان قسامته فهو، وإلاّ فلا يمكن الأخذ بها؛ لأنّها مخالفه لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبيّنه والحلف من الروايات، ويمكن حملها على استحباب القبول

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶۱ - ۳۶۲ ، الباب ۳ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۶۳ ، الباب ۳ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۴.

ولو أكذب الجانى عند دعوى ذهابه، أو قال: لا أعلم[۱]، اعتبرت حاله عند الصوت العظيم والرعد القوى وصيح به بعد استغفاله، فإن تحقّق ما ادّعاه وإلاّ أحلف القسامه، وحكم له.

ولو ذهب سمع إحدى الأُذنين، ففيه نصف الديه[۲].

ولو نقص سمع إحداهما، قيس إلى الأُخرى، بأن تسدّ الناقصه وتطلق الصحيحه، ويصاح به حتّى يقول: لا أسمع، ثمّ يُعاد عليه ذلك مرّه ثانيه، فإن تساوت المسافتان صُدِّق. ثمّ تطلق الناقصه وتُسَدّ الصحيحه، ويعتبر بالصوت حتّى يقول: لا أسمع، ثمّ يكرّر عليه الاعتبار فإن تساوت المقادير فى سماعه فقد صدق وتمسح مسافه الصحيحه والناقصه، ويلزم من الديه بحسب التفاوت.

الشَرح:

فيما إذا احتمل صدقه فلا منافاه بينها وبين صحيحه سليمان بن خالد.

[۱] قد تقدّم أنّه فى هذه الصوره أُجّل إلى سنه اعتبرت حاله المجنى عليه واستغفل بسؤاله فإن انكشف الخلاف وأنّه يسمع أو شهد شاهدان بأنّه يسمع فليس له المطالبه بالديه، وإن لم يظهر سماعه بالاختبار بما ذكر أو بشاهدين عدلين فعلى المجنى عليه أن يأتى بالقسامه، والقسامه حلفه مع خمسه أشخاص إذا أمكن وإلاّ يحلف هو ستّ مرّات فعندئذ يستحقّ الديه ولو فرض عود السماع عليه بعد السنه فإن احتمل حدوث العود بعدها بعد زوالها يحسب هبه من اللّه ولا يسترجع الديه.

ذهاب سمع إحدى الأُذنين

[۲] لأنّ مقتضى ما تقدّم من أنّ فى ذهاب السمع الديه مقتضاه أن يكون فى ذهاب سمع إحداهما نصف الديه فإنّ تقسيط الديه فى ذهاب إحداهما على خلاف ذلك يحتاج إلى دليل وقرينه، ولا فرق فى كون ديه ذهاب إحداهما نصفها بين كون إحدى الأُذنين أحدّ من الأُخرى أم لا.

وكذا لو كان السمع بالأُخرى ذاهباً بآفه أو جنايه جان أم لا.

وفی روایه یعتبر بالصوت من جوانبه الأربعه ویصدق مع التساوی ویکذب مع الاختلاف[۱].

الشَرح:

وما عن ابن حمزه(۱) أنّه لو کان قد ذهب السمع بالأُخری من قبل بسبب من اللّه تعالی تکون بذهاب السمع الدیه الکامله لم یعلم له وجه إلاّ قیاس المقام بذهاب البصر حیث یأتی أنّه لو جنی علی الأعور وذهب بصره من عینه الصحیحه فعلی الجانی الدیه الکامله، ومن الظاهر أنّ إجراء الحکم الوارد علی الأعور فی المقام مجرّد قیاس واستحسان.

[۱] قد تقدّم الحکم فیما إذا ادّعی ذهاب سمعه، وأمّا إذا ادّعی نقصان سمع إحدی أُذنیه قیس ما ادّعی النقص فیها إلی أُذنه الأُخری وطریق القیاس أن تسدّ أُذنه التی ادّعی النقص فیها بنحو لا یسمع بها وتطلق الصحیحه، ویصاح بالشخص المدّعی إلی أن یقول لا ـ أسمع، ویعاد الصیحه علیه من جانبه الآخر مثل الأوّل إلی أن یقول لا أسمع، فإن تساوت المسافتان فی سماعه فی أُذنه الصحیحه صدق ثمّ تسدّ أُذنه الصحیحه بحیث لا یسمع بها ویعتبر أُذنه التی ادّعی النقص فیها بالصیحه علیه کما ذکرنا فی اختبار سماع أُذنه الصحیحه، فإن صدق فیها أیضاً بأن تساوت المسافه فی سماعه بها بتکرار الصیحه علیه فی المرّتین بتساوی المقدار فی سماعه فیهما تمسح مسافه الصحیحه والناقصه ویقدّر الدیه بحسب تفاوت المسافتین.

وظاهر الماتن قدس سره عدم ذکر القسامه فی المتن ولکن عدم ذکرها؛ لأنّه لم یفرض فی کلامه صوره الدعوی والإنکار، بل فرض النقص فی إحداهما وبیّن طریق تعیین الدیه فی صوره النقص فی إحدی الأُذنین فلا ینافی الحاجه إلی القسامه فی مقدار التصدیق بالاعتبار المزبور فی صوره الدعوی.

۱- (۱) الوسیله : ۴۴۵.

وفی ذهاب السمع بقطع الأذنین[۱] دیتان. ولا یقاس السمع فی الریح بل یتوخّی سکون الهواء.

(الثالث): فی ضوء العینین وفیه الـدیه کامله. فإن ادّعی ذهابه، وشـهد له شاهدان من أهل الخبره أو رجل، وامرأتان، إن کان خطأً أو شبیه عمد، فقد ثبت الدعوی. فإن قالا: لا یُرجی عوده، فقد استقرّت الدیه.

الشَرح:

ویشـهد للاعتبار المذکور والقسامه فی مقدار النقص ظاهر معتبره یونس والحسن بن علی بن فضّال، عن الرضا علیه السلام حیث ورد فیها بعد بیان النقص فی البصـر قال: «وإن کان السمع فعلی نحو من ذلک غیرأنّه یضرب له بشیء حتّی یعلم منتهی سمعه ثمّ یقاس ذلک، والقسامه علی نحو ما ینقص من سـمعه» الحدیث(۱) وأمّا روایه علیّ بن ابی حمزه(۲) الظاهره فی الاختبار فی کلّ من أُذنه الصـحیحه والناقصه من أربعه أطراف فلضـعف سـندها وعدم الحاجه بعد إحراز صدقه إلی ذلک لا یمکن الحکم بلزوم الاختبار کذلک، وإطلاق الأمر بالتحلیف فی صحیحه سلیمان بن خالد(۳) لا یشمل فرض النقص.

ذهاب السمع بقطع الأُذنین

[۱] والـوجه فی ذلـک أنّ کلاًّ ـ من القطع وذهـاب السـمع جنـایه وترتّب الـذهاب علی القطع ولو کـان بضـربه واحـده لا ـ یوجب التـداخل؛ لأنّ ما ورد فی صـحیحه أبی عبیـده الحـذّاء المتقدّمه من التداخل فیما إذا کانت الجنایتان بضـربه واحده فرضـها کون إحدی الدیتین أقل والآخر أکثر.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۵ ، الباب ۱۲ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۲ ، الباب ۳ من أبواب دیات المنافع، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۳ ، الباب ۳ من أبواب دیات المنافع، الحدیث ۳.

وكـذا لو قالا: يُرجى عوده، لكن لا تقـدير له. أو قالا: بعـد مدّه معيّنه فانقضت، ولم يعد. وكذا لو مات قبل المدّه. أمّا لو عاد ففيه الأرش[١].

الشَرح:

ديه ذهاب ضوء العينين

[١] لا ينبغى التأمّل ولا خلاف أيضاً فى أنّ ديه ذهاب ضوء العينين ديه النفس وفى ذهاب ضوء إحداهما نصفها.

ويـدلّ على ذلك ما تقـدّم من صـحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: «قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام فى رجل ضرب رجلًا بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات»(١).

والصحيحه التى رواها الصدوق عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ضرب رجل رجلًا فى هامته على عهـد أمير المؤمنين عليه السـلام فادّعى المضـروب أنّه لا يبصـر بعينيه شـيئاً وأنّه لا يشمّ رائحه وأنّه قد خرس فلا ينطق فقال أمير المؤمنين عليه السلام : إن كان صادقاً فقد وجبت له ثلاث ديات النفس» الحديث(٢).

ويدلّ أيضاً ما فى المعتبره من كتاب ظريف: «والضوء كلّه من العينين ألف دينار»(٣).

وعلى مـا ذكرنـا فى ذهـاب سـمع إحـدى الأُذنين يكون ديه ذهاب ضوء إحـدى العينين نصف الـديه حيث إنّ التفرقه فى ذهاب ضوئهما يحتاج إلى بيان خاصّ وتعيين الاختلاف.

وإن ادّعى المجنى عليه ذهاب ضوء عينيه فقال الماتن قـدس سره فإن شـهد شاهـدان من أهل الخبره أو رجل وامرأتان بالذهاب فى صوره كون الجنايه خطأً أو شبه عمد

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۶۵ ، الباب ۶ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٩ ، الحديث ٣٢۵٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨۴ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٣.

....

الشَرح:

ثبتت الـدعوی؛ وذلک لأنّ الدعوی فی فرض الخطأ وشـبه العمد من دعوی الدین علی العاقله والجانی، حیث إنّ الدیه داخل فی عنوان الدین، والدین یثبت بکلّ من شاهدی عدل وشهاده رجل وامرأتین.

ولکن لا یخفی أنّ إحراز صدق الدعوی بأنّه لا یبصر أو کذبه یتیسّر بجعل عینی المدّعی مقابل نور قوی کقرص الشمس فإن لم یتمالک حتّی غمض عینیه فهو کاذب ولا دیه له، وإن بقیتا مفتوحتین کان صادقاً واستحقّ الدیه مع ثبوت استناد ذهابه إلی جنایه الجانی.

ویکفی فی إثبات أنّ ذهابه بالجنایه علیه القسامه نظیر ما تقدّم فی دعوی ذهاب السمع.

وبـالجمله، فـإن اعترف الجـانی بـدعوی المجنی علیه ینفـذ اعترافه علی نفسه وإلاّ ـ یختبر فی صـدق دعواه بأنّه لا یبصـر بالاختبار المـذکور وحیث اُحرز أنّه لا ـ یبصـر لا یکفی فی أنّ عـدم بصـره مستند إلی جنایه الجانی، وکون المورد من موارد اللوث یثبت الاستناد بالقسامه فقد ورد فی ذیل صحیحه عاصم المتقدّمه فقیل: یا أمیر المؤمنین علیه السلام فکیف یعلم أنّه صادق؟ فقال: «أمّا ما ادّعاه أنّه لا یشمّ رائحه فإنّه یدنا منه الحراق فإن کان کما یقول وإلاّ نحّی رأسه ودمعت عینه، وأمّا ما ادعّاه فی عینیه فإنّه یقابل بعینیه الشمس فإن کان کاذباً لم یتمالک حتّی یغمضّ عینیه وإن کان صادقاً بقیتا مفتوحتین» الحدیث(۱).

وضمّ القسـامه إلی مـا ذکر لمّـا تقـدّم ممّـا ورد فی کتـاب ظریف فی دعوی نقصـان البصـر بعـد الاختبار ضمّ القسامه وقوله علیه السلام : وکذلک القسامه کلّها من الجروح(۲).

ص: ۲۵۹

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۳ ۳۶۴ ، الباب ۴ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۵۹ ۱۶۰ ، الباب ۱۱ من أبواب دعوی القتل، الحدیث ۲.

ولو اختلفا فى عوده، فالقول قول المجنى عليه مع يمينه[۱].

الشَرح:

والتعرّض لأنّ الحكم فى دعوى نقصان السمع كما ذكر فى دعوى نقصان البصر من الحاجه للقسامه.

وعلى ما ذكرنا فإن عاد البصر بعد مدّه بحيث يعلم أنّ عدم بصره بعد وقوع الجنايه كان لأمر عارض وبزواله عاد بصره يرجع إلى الأرش، وإن لم يعلم أنّه ينكشف ذلك استقرّت الديه فإنّ الموضوع للديه ذهاب الضوء على ما تقدّم، فإن شهد أهل الخبره بأنّ عوده كاشف عن كون عدم بصره كان لحاجب عارض وقد زال ذلك العارض يتدارك بالأرش لعدم تقدير الديه فى عدم البصر كذلك لانصراف ما دلّ عليها عن ذلك الفرض، وإن لم يعلم ذلك بأن احتمل أنّه عنايه خاصّه المعبّر عنها بالهبه الجديده من اللّه يؤخذ بما دلّ على تعيّن الديه، وقد يقال ينتظر إلى سنه فإن عاد بصره قبل تمامها يرجع إلى الأرش وإن انقضت السنه تستقرّ الديه كما يستقرّ بموت المجنى عليه قبل تمام السنه، ويستظهر ذلك من روايه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن العين يدّعى صاحبها أنّه لا يبصر شيئاً؟ قال: يؤجّل سنه ثمّ يستحلف بعد السنه أنّه لا يبصر ثمّ يعطى الديه، قال: قلت: فإن هو أبصر بعده؟ قال: هو من أعطاه اللّه إيّاه(۱). ولكنّ الروايه ضعيفه بحمّاد بن زيد الراوى عن سليمان بن خالد فلا يمكن رفع اليد عن القاعده التى ذكرناها.

[۱] وذلك فإنّ الجانى فى الفرض يعدّ مدّعياً حيث إنّه يدّعى خلاف الاستصحاب الجارى فى ناحيه بقاء ذهاب صوته وإذا لم يكن للمدّعى بيّنه لإثبات مدّعاه تصل النوبه إلى حلف المنكر وإذا حلف استقرّت الديه.

ونظير ذلك ما إذا مات المجنى عليه وادّعى الجانى أنّه عاد ضوء عينه قبل موته وأنكر ذلك أولياء الميت ففى هذا الفرض أيضاً إن أقام الجانى البيّنه على العود

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۰، الباب ۸ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۵.

وإذا ادّعى ذهاب بصره وعينه قائمه، أَحلف القسامه وقضى له. وفى روايه تقابل بالشمس، فإن كان كما قال بقيتا مفتوحتين. ولو ادّعى نقصان إحداهما قيست إلى الأُخرى[١] وفعل كما فعل فى السمع.

الشَرح:

قبل الموت يحكم بالأرش وإلاّ يحلف أولياء المقتول واستقرّت الديه.

لاـ يقال: قد تقدّم أنّ مع إمكان إحراز الواقع لا تصل النوبه إلى تتبع طريق لإثبات الدعوى فإذا كان الجانى مدّعياً للعود فلم لا يختبر فى فرض الماتن بجعل عينه مقابل قرص الشمس.

فإنّه يقال: كان النصّ فى الاختبار بما ذكر فى دعوى المجنى عليه ذهاب ضوء بصره، والفرض فى الثانى دعوى الجانى عود ضوء بصره فلاـ يعمّه ذلك النصّ، مع أنّ اختلاف الحكم فى الفرض ولو لاحتمال عود ضوء العين وذهابه ثانياً بإصابه عينه بقرص الشمس، فلا يكون ما ذكر طريقاً إلى إحراز الواقع فى هذا الفرض مع أنّ الإلزام عليه بالاختبار مع ظهور صدقه فى أوّل مرّه وهن عليه.

وعلى الجمله، ففيما ادّعى الجانى العود فى فرض الماتن أو فى فرض موت المجنى عليه ودعوى الجانى العود قبل موته إن أقام الجانى البيّنه لدعواه فهو وإلاّ يكون الحكم كما ذكر.

[١] إذا ادّعى المجنى عليه نقصان ضوء إحدى عينيه بالجنايه الوارده من الجانى.

فإن اعترف الجانى بذلك يؤخذ باعترافه وعيّن مقدار الأرش بالقياس إلى ضوء عينه الأُخرى كما تقدّم فى تعيين الأرش فى نقصان السمع.

وإن لم يعترف الجانى يختبر بما تقدّم فى دعوى نقصان السمع ويضمّ على تقدير إحراز النقص استناده إلى الجنايه بالمقدار المتقدّم من القسامه فقد روى الكلينى والشيخ بسندهما الصحيح عن معاويه بن عمّار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يصاب فى عينه فيذهب بعض بصره أىّ شىء يعطى؟ قال: تربط

....

الشَرح:

إحـداهما، ثمّ توضع له بيضه ثمّ يقال له: انظر فما دام يدّعى أنّه يبصـر موضـعها حتّى إذا انتهى إلى موضع إن جازه قال: لا أُبصـر قرّبهـا حتّى يبصـر ثمّ يعلّم ذلـك المكـان، ثمّ يقاس بـذلك القياس من خلفه وعن يمينه وعن شـماله، فإن جاء سواء وإلاّ قيل له: كذبت حتّى يصدق، قلت: أليس يؤمن؟ قال: لا، ولا كرامه ويصنع بالعين الأُخرى مثل ذلك ثمّ يقاس ذلك على ديه العين(۱).

وفى المعتبره عن كتاب ظريف قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام إذا أُصـيب الرجل فى إحدى عينيه فإنّها تقاس ببيضه تربط على عينـه المصـابه وينظر مـا منتهى نظر عينـه الصـحيحه، ثـمّ تغطى عينه الصـحيحه وينظر مـا منتهى نظر عينه المصـابه فيعطى ديته من حساب ذلك، والقسامه مع ذلك من الستّه الأجزاء على قدر ما أُصـيب من عينه، فإن كان سدس بصره حلف هو وحده وأُعطى، وإن كان ثلث بصره حلف هو وحلف معه رجل واحد، وإن كان نصف بصره حلف هو وحلف معه رجلان، وإن كان ثلثى بصره حلف هو وحلف معه ثلاثه نفر، وإن كـان أربعه أخمـاس بصـره حلف هو وحلف معه أربعه نفر، وإن كان بصـره كلّه حلف هو وحلف معه خمسه نفر، وكـذلك القسـامه كلّها فى الجروح، وإن لم يكن للمصاب بصـره من يحلف معه ضوعفت عليه الأيمان: إن كان سدس بصـره حلف مرّه واحده، وإن كان ثلث بصـره حلف مرّتين، وإن كان أكثر على هذا الحساب، وإنّما القسامه على مبلغ منتهى بصره. الحديث(۲).

ثمّ لا يخفى أنّ الحاجه إلى القسامه على ما تقدّم فيما إذا لم يعلم استناد النقص الذى عيّنه الاختبار إلى الجنايه.

وأمّا إذا علم ذلك فلا حاجه إلى القسامه؛ وذلك فإنّ النقص فى ذهاب بعض ضوئه

ص :۲۶۲

۱- (۱) الكافى ۷ : ۳۲۳ ، الحديث ۸ ، والتهذيب ۱۰ : ۲۶۵ ، الحديث ۷۸.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۴ ، الباب ۱۲ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

لا- يلا-زم نقصه بالجنـايه الـوارده عليه، وبمـا أنّ المورد من موارد اللوث يحتـاج إحراز الاسـتناد إلى القسـامه، كمـا أنّه لا- يكفى القسـامه بلا- اختبار فما عن الأردبيلى قـدس سره من عـدم لزوم الاختبار مع القسامه(۱) غير تـامّ كمـا هو ظـاهر الوارد فى كتاب ظريف الذى نقلناه.

وذكر فى الجـواهر أنّه إذا علم حصول النقص ولم يعلم مقـداره فالظـاهر الاختبـار حـتّى يصـدق ولا- يسـقط دعواه النقص بظهور كـذبه فى الاختبـار، بـل لابـد من الاسـتمرار فى الاختبـار حـتّى يصـدق؛ لأ-نّ الفرض حصول النقص بالجنـايه محرز والاختلا-ف والـدعوى فى مقـداره، وإن لـم يمكـن تعيين مقـدار النقص بالاختبـار فهـل يرجـع فى تعيين مقـداره إلى القسـامه أو يكفى يمين واحده أو لزوم المصالحه على مقدار النقص مع إمكانه وإلّا يقتصر على القدر المتيقّن من الأرش وجوه لا يبعد الأخير(۲).

وفيه أنّ العلم بأصل النقص والجنايه يعـدّ لوثاً حتّى مع عـدم إمكان العلم بصـدق المجنى عليه فى مقدار النقص الوارد على ضوء عينه، ومـا تقـدم من الوارد فى كتـاب ظريف يعمّ الفرض والاختبـار كان سبيلًا إلى صـدق المجنى عليه فى مقـدار النقص، سواء كـان دعواه أصـل النقص أو مقـداره، وأمّا اسـتناد النقص الحاصل إلى جنايه الجانى كان بالقسامه مطلقاً وإذا لم يمكن اسـتظهار صـدقه أو كـذبه فى مقـدار النقص ولـم يعلم حصـول نقص بالجنـايه عليه فلا- ينبغى التأمّـل فى الحـاجه إلى القسـامه فى إثبـات الاستناد.

وأمّـا إذا علم حصول النقص بـأى مقـدار كـان بالجنـايه عليه ولم يحرز تعيين الأرش بطريق الاختبار فإن تصالحا فهو، وإلّا يؤخذ بالقدر المتيقّن حيث إنّ الاستناد محرز فلا مورد للقسامه كما لم يذكر القسامه فى مورد صحيحه معاويه بن عمار المتقدّمه.

ص :۲۶۳

۱- (۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۴: ۴۳۵ - ۴۳۶.

۲- (۲) الجواهر ۴۳ : ۳۰۷.

ولو ادّعى النقصان فيهما، قيستا إلى عينى من هو من أبناء سِنِّه[1]، وأَلزم الجانى التفاوت بعد الاستظهار بالإِيمان. ولا تقاس عين فى يوم غيم، ولاـ فى أرض مختلفه الجهات. ولو قلع عيناً، وقال: كانت قائمه، وقال المجنى عليه كانت صحيحه، فالقول قول الجانى مع يمينه. وربّما خطر أنّ القول قول المجنى عليه مع يمينه؛ لأنّ الأصل الصحّه، وهو ضعيف؛ لأنّ أصل الصحه معارض بأصل البراءه، واستحقاق الديه والقصاص منوطٌ بتيقّن السبب، ولا يقين هنا؛ لأنّ الأصل ظنّ لا قطع.

(الرابع): الشمّ وفيه الديه كامله[2]. وإذا ادّعى ذهابه عقيب الجنايه، اعتبر بالأشياء الطيّبه والمنتنه، ثمّ يستظهر عليه بالقسامه ويقضى له؛ لأنّه لا طريق إلى البيّنه. وفى روايه يُحرق له حراق ويقرّب منه، فإن دمعت عيناه ونحّى أنفه، فهو كاذب.

الشَرح:

[1] ويدلّ على ذلك صحيحه عبداللّه بن ميمون، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: أُتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد ضرب رجلاًـ حتّى انتقص من بصره، فدعا برجال من أسنانه ثمّ أراهم شيئاً فنظر ما انتقص من بصره فأعطاه ديه ما انتقص من بصره. رواها الفقيه(1) بسند صحيح عنه.

ديه ذهاب الشم

[2] فى ذهاب الشمّ كاملاً أى من كلا المنخرين، الديه كامله من غير خلاف يعرف.

ويدلّ عليه ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً على هامته فادّعى المضروب أنّه لا يبصر بعينه شيئاً، ولا يشمّ الرائحه،

۱- (۱) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۳۰ ، الحديث ۵۲۷۷.

....

الشَرح:

وأنّه قد ذهب لسانه أخرس فلا ينطق قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن صدق فله ثلاث ديات فقيل: يا أمير المؤمنين عليه السلام فكيف يعلم أنّه صادق؟ فقال: أمّا ما ادّعاه أنّه لا يشمّ رائحه فإنّه يدنى منه الحراق فإن كان كما يقول، وإلّا نحّى رأسه ودمعت عينه(١). الحديث.

وإذا ذهب الشمّ من إحدى منخريه فنصف الديه حيث إنّه إذا كان ذهابه من كلاهما تمام الديه، فالتقسيط فيما ذهب من أحدهما بغير هذا الوجه يحتاج إلى دليل، كما تقدّم بيان ذلك من ذهاب السمع من أحد أُذنيه، ولو ادّعى المجنى عليه عقيب الجنايه ذهاب شمّه فظاهر الماتن يستظهر صحّه دعواه بالأشياء الطبيّه والمنتنه فى حال غفله المجنى عليه، بأن يقرّب إلى أنفه من خلفه يقضى له بصدق دعواه وعدم صدقه؛ وذلك لعدم طريق إلى البيّنه فى ثبوت هذه الدعوى.

ولكنّ الوارد فى صحيحه قيس المتقدّمه فى صوره دعوى المجنى عليه وعدم الطريق إلى ثبوت دعواه كاعتراف الجانى بصدقه يدنى منه الحراق (كالخرقه التى وقع فيها النار) فإن كان كما يقول وإلّا نحىّ رأسه ودمعت عيناه. وقد تقدّم فى دعوى ذهاب السمع والبصر أنّه لا يحكم بالديه بمجرّد الاختبار، بل على المجنى عليه القسامه؛ لأنّ الحاصل بالاختبار ذهاب الشمّ، وأمّا استناده إلى جنايه الجانى فاللازم استظهاره بالقسامه، والقسامه كما تقدّم فى ذهاب المنافع بالستّ كما دلّ على ذلك ما ورد فى كتاب ظريف من قوله عليه السلام : وكذلك القسامه كلّها فى الجروح من الستّه الأجزاء(٢) والمراد بالجروح مطلق الجنايه التى يترتّب عليها ذهاب المنفعه من السمع والبصر والشمّ والذوق كما هو مورد المفروض من المروى فى الكتاب.

١- (١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٩ - ٢٠ ، الحديث ٣٢٥٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ١٥٩ ، الباب ١١ من أبواب دعوى القتل، الحديث ٢.

ولو ادّعى نقص الشم، قيل: يحلف إذ لا طريق له إلى البيّنه[۱]، ويوجب له الحاكم ما يؤدّى إليه اجتهاده.

ولو أخذ ديه الشمّ ثمّ عاد[۲]، لم يُعد الديه. ولو قطع الأنف فذهب الشمّ فديتان[۳].

الشَرح:

[۱] ظاهر الماتن قدس سره أنّه بمجرّد دعوى المجنى عليه النقص فى شمّه بالجنايه تصل النوبه إلى القسامه إذ لا طريق له إلى إثبات دعواه بالبيّنه فيقدم قوله، ويثبت دعواه بالقسامه التى تقدّم فى المنافع والمنقول عن بعض الأصحاب أنّ القسامه إنّما هو فيما إذا لم يحرز كذبه فى دعواه بالامتحان نظير ما تقدّم فى اختباره غيره.

أقول: الظاهر لزوم استظهار كذبه فى دعواه أوّلاً فإن لم يظهر كذبه بالامتحان واحتمل صدقه تثبت دعواه النقص بالقسامه التى فى الستّه أجزاء.

ولا يخفى أنّه إذا ثبت النقص فى شمّه بالقسامه فإن عيّن المجنى عليه فى دعواه مقدار النقص وحلفت القسامه عليه يؤخذ من الديه بذلك المقدار وإلاّ فلا يبعد الحكم بقدر اليقين على تقدير النقص، واللّه العالم.

[۲] لا يخفى لو كان العود بحيث يعدّ عوده كاشفاً من عدم ذهابه كما تقدّم فى ذهاب السمع والبصر فعلى المجنى عليه ردّ الديه إلى الجانى ويكون له الأرش على الجانى، وأمّا إذا لم يظهر من عوده عدم ذهابه كما إذا كان العود بعد مدّه طويله فليس للجانى استرداد الديه؛ لأنّ المفروض أنّ المجنى عليه قد أثبت ذهابه بطريق معتبر عند الحاكم وحكمه طريق شرعى إلى استحقاقه الديه ولم يعلم الخلاف حيث إنّ العود كما ذكر لا يلازم عدم الذهاب أوّلاً.

[۳] قد تقدّم أنّ كلاًّ من قطع الأنف وذهاب الشّمّ يوجب الديه كامله، وإذا اجتمعا يترتّب على كلّ منهما استحقاق الديه، ومجرّد ترتّب الذهاب على القطع لا يوجب التداخل، وإنّما يكون التداخل فيما إذا كانت ديه الجرح أقل وما يترتّب

(الخامس): الـذوق يمكن أن يقال: فيه الديه لقولهم عليهم السـلام : كلّ ما في الإِنسان منه واحد ففيه الديه[۱]. ويرجع فيه عقيب الجنايه، إلى دعوى المجنى عليه مع الاستظهار بالإيمان. ومع النقصان يقضى الحاكم بما يحسم المنازعه تقريباً.

الشَرح:

عليه من الجنايه أكثر على ما تقدّم سابقاً، ومثله ما إذا كانت الجنايتان في إحداهما قصاص النفس على تفصيل قد تقدّم.

ديه ذهاب الذوق

[۱] ذهب جماعه كالماتن قـدس سره إلى أنّه إذا جنى على أحـد فذهب بها ذوقه يكون على الجاني الديه كامله كما في ذهاب الشّم، ويستدلّ على ذلک بأحد الوجهين:

الأوّل: مـا ذكره الماتن من شـمول قولهم عليهم السـلام : كلّ ما في الإنسان واحـد ففيه الـديه(۱). ولكن لاـ يخفى انصـرافه إلى العضو من بـدن الإنسـان؛ ولـذا ذكر (سـلام اللّه عليه) في صـحيحه عبـداللّه بن سـنان: مـا كـان في الجسـد منه اثنـان ففيه نصـف الديه(۲) . . . إلى آخره.

وثاني الوجهين: أنّ الذوق منفعه اللسان كالشّم منفعه الأنف فيكون في ذهابه الديه الكامله.

وفيه أنّ المنفعه الظاهره للّسان هو النطق والبيان وفي ذهابه تمام الديه.

وأمّا الذوق فمنفعته غير ظاهره ولم يرد فيه الديه الكامله ولا تعيين ديه غيرها فيرجع إلى الحكومه، وعلى ذلک فإن ادّعى المجنى عليه عقيب الجنايه ذهاب ذوقه يستظهر ذلک بالقسامه حيث لا سبيل إلى ثبوته بالبيّنه، وكذلک إذا ادّعى عقيبها النقصان ويجرى فيه نظير ما تقدّم في الشّم.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۷ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۱۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(السادس): لو أَصيب فتعذّر عليه الإنزال فى حال الجماع كان فيه الديه[١].

الشَرح:

دیه ذهاب الإنزال

[١] كما حكى ذلك عن جماعه، بل عن الرياض نفى الخلاف فيه(١)، ويستدلّ على ذلك بروايات:

منها ما ورد فى أنّ كلّ ما فى الإنسان واحد ففيه الديه(٢). بدعوى أنّه يشمل ذهاب المنافع أيضاً ومنها الإنزال عند الجماع، وقد تقدّم انصرافه إلى أعضاء الإنسان ولا يعمّ المنافع.

ومنها موثّقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الظهر إذا كسر حتّى لا ينزل صاحبه الماء الديه كامله(٣).

ومنها موثقته الأُخرى عن أبى عبداللّه حيث ورد فيها: فى الظهر إذا انكسر حتّى لا ينزل صاحبه الماء الديه كامله(۴).

ولكن لا يخفى أنّ ظاهرهما أنّ الديه الكامله لكسر خاصّ للظهر وتعذّر الإنزال معرف لذلك الحدّ من الكسر لا أنّ الديه الكامله لتعذّر الإنزال ولو لم يكن كسر الظهر.

وقد يستدلّ على ثبوت الديه الكامله فى تعذّر الإنزال بصحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات»(۵) بدعوى أنّ انقطاع جماعه يعمّ تعذّر الإنزال.

١- (١) رياض المسائل ٢ : ۵۵۵ (القديمه).

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨٧ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٢٨۵ - ٢٨۶ ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٧.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧۶ ، الباب ١۴ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

۵- (۵) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣۶۵ ، الباب ۶ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

(السابع): قیل: فی سلس البول الدیه[۱]، وهی روایه غیاث بن إبراهیم وفیه ضعف. وقیل: إن دام إلی اللیل ففیه الدیه. وإن کان إلی الزوال فثلثا الدیه. وإلی ارتفاع النهار فثلث الدیه.

الشَرح:

وفیه أیضاً مالا یخفی؛ لأنّ انقطاع جماعه ظاهره عدم انتشار ذکره لا تعذّر إنزاله مع فرض التمکّن من الدخول کما هو موضوع استحقاق الدیه فی کلام الماتن والأظهر الرجوع إلی الحکومه.

ثمّ إنّه قد ورد فی صحیحه إبراهیم بن عمر: فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه. فیقال إنّه لا معنی لذهاب الفرج إلاّ انقطاع الجماع مع أنّ انقطاع الجماع ذکر فی مقابله وجعل الأمر السادس ممّا ترتّب علی الضرب بالعصا وقد نقل(۱) عن المجلسی فی مرآه العقول أنّ المراد من ذهاب الفرج ابتلاءه بسلس البول ولکنّه بعید.

أقول: لا یبعد أن یکون المراد ذهاب الذکر کلاًّ أو بعضاً حیث یذهب معه أیضاً تمکّنه من الجماع المعبّر عنه بإنقطاع جماعه لامجرّد حدوث الشلل فی الذکر لیقال إنّ دیه شلل العضو ثلثا الدیه لا الدیه الکامله.

دیه سلس البول

[۱] قد ذکر الماتن أنّ دیه سلس البول علی ما قیل ولعلّ القائل کما فی الجواهر(۲) المشهور الدیه الکامله والمراد ذهاب القوه الممسکه بحیث یستمرّ السلس، ویستظهر ذلک من موثقه غیاث بن إبراهیم، عن جعفر، عن أبیه علیهاالسلام أنّ علیّاً علیه السلام قضی فی رجل ضرب حتّی سلس ببوله بالدیه الکامله(۳).

ص: ۲۶۹

۱- (۱) نقله السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج ۲ : ۳۶۹ ، الحادی عشر تعذر الإنزال، وانظر مرآه العقول ۲۴: ۱۱۴.
۲- (۲) جواهر الکلام ۴۳ : ۳۱۴.
۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۱ - ۳۷۲ ، الباب ۹ من أبواب دیات المنافع، الحدیث ۴.

....

الشَرح:

ونـاقش الماتن فيها بأنّ فى غياث بن إبراهيم ضعفاً، ولكنّ الضـعف فى مـذهبه فإنّه بترى ولا ينافى كونه ثقه فى حـديثه كما عن النجاشى حيث ذكر أنّه ثقه(۱).

ونحوها موثقه إسحاق بن عمار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسك غائطه ولا بوله أنّ فى ذلك الديه كامله(۲).

ولكن فى موثّقته الأُخرى التى رواها الصدوق قدس سره عن أبى عبداللّه عليه السـلام قال: سأله رجل وأنا عنده عن رجل ضرب رجلاً فقطع بوله؟ فقال له: «إن كان البول يمرّ إلى الليل فعليه الـديه؛ لأنّه قـد منعه المعيشه، وإن كان إلى آخر النهار فعليه الـديه، وإن كان إلى نصف النهار فعليه ثلثا الديه، وإن كان إلى ارتفاع النهار فعليه ثلث الديه»(۳).

وقد يستشـكل فى الأخيره بأنّ فرض السـلس إلى نصف النهار أو ارتفاع النهار أمر لا يتحقّق فى الخارج، فإنّه إذا تحقّق السلس لا يتمكّن الشخص من إمساك بوله وعلى تقدير تحقّقه لإمكان اختلاف الخلل فى القوّه الماسكه فلا بأس بالالتزام بذلك.

هذا كلّه فى سلس البول.

ومثله ما إذا أوجبت سلس الغائط فإنّ فيه أيضاً الديه كامله.

ويدلّ على ذلك صـحيحه سـليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل كسـر بعصوصه فلم يملك إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(۴). فإنّه وإن

۱- (۱) رجال النجاشى: ۳۰۵، الرقم ۸۳۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۱، الباب ۹ من أبواب ديات المنافع، الحديث ۲.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۱ ، الباب ۹ من أبواب ديات المنافع، الحـديث ۳. ومن لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۴۲، الحديث ۵۳۱۴ مع اختلاف يسير.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۰، الباب ۹ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

وفی الصوت، الدیه کامله[۱].

الشَرح:

قیل إنّ ما ورد فیها دیه کسر البعصوص إلاّ ـ أنّ ظاهرها أنّ الوارد فیها دیه حدوث السلس فی الغائط حیث إنّ ذلک مقتضی تفریع عدم ملک إسته علی کسر بعصوصه، فإنّه فرق بین التفریع وبین التقیید کما تقدّم فی تقیید کسر الظهر بقوله: حتّی لا ینزل صاحبه الماء، کما ذکرنا فی دیه تعذّر الإنزال، وعلی ذلک فإن حدث عدم ملک إسته بغیر الکسر فالثابت الدیه.

ثمّ إنّه قد ورد فی موثقه إسحاق بن عمّار المتقدّمه عن أبی عبداللّه علیه السلام قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الرجل یضرب عجانه فلا یستمسک غائطه ولا بوله أنّ فی ذلک الدیه کامله(۱). ومقتضی ثبوت الدیه فی کلّ من سلس البول وعدم ملک الإست عدم التداخل کما تقدّم سابقاً، ولکن مقتضی موثّقه إسحاق بن عمّار تداخل الجنایتین فلا بأس بالالتزام به ورفع الید عن مقتضی القاعده المتقدّمه فی الفرض.

دیه ذهاب الصوت

[۱] المراد ذهاب الصوت ذهاب کلّه من الغنن والبحح کما ورد فی صحیحه یونس أنّه عرض علی أبی الحسن الرضا علیه السلام کتاب الدیات وکان فیه فی ذهاب السمع کلّه ألف دینار والصوت کلّه من الغنن والبحح ألف دینار(۲). ومقتضی ذکر: «من الغنن والبحح» عدم التمکّن من الجهر فی التکلّم فلا ینافی تمکّنه من التکلّم إخفاتاً بحیث یسمع نفسه أو من هو أقرب إلی أُذنه منه، ولو فرض أداء الجنایه علی ذهاب الصوت والنطق کانت موجبه لثبوت دیتین لذهاب الصوت وذهاب النطق، وما عن بعض الأصحاب من أنّ الجنایه إن کانت موجبه مع ذهاب الصوت عدم حرکه اللسان أی شلله تثبت دیه لذهاب الصوت وثلثیه لشلل اللسان لا یمکن المساعده علیه؛ لما

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۱ ، الباب ۹ من أبواب دیات المنافع، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۷ ، الباب الأوّل من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

تقـدّم من أنّ ذهـاب النطق فی نفسه یوجب دیه کامله وإن کان ذهابه بشـلل اللسان وذهاب الصوت یوجب ثبوتها، وقـد تقـدّمت الصـحیحه الدّاله علی أنّ أمیر المؤمنین علیه السـلام حکم بثلاث دیات فی رجل ضرب رجلًا علی هامته فادعی المضروب أنّه لا یبصـر بعینه شـیئاً وأنّه لا یشمّ رائحه وأنّه قد ذهب لسانه فلا ینطق إلی أن قال: وأمّا ما ادّعاه فی لسانه فإنّه یضرب علی لسانه بإبره فإن خرج الدم أحمر فقد کذب، وإن خرج الدم أسود فقد صدق(۱). فإنّ خروج الدم الأسود یوجب شلل اللسان.

وعلی الجمله الصوت الداخل فی عنوان الغنن والبحح منفعه والنطق منفعه أُخری وإن کان للصوت دخاله فیه.

نعم، لو قطع الجـانی بعـد ذهاب نطقه لسانه المشـلول فعلیه ثلث الـدیه حیث یـدخل قطعه فی قطع لسان الأخرس، وقـد تقـدّم فی صحیحه برید بن معاویه عن أبی جعفر علیه السلام قال فی لسان الأخرس وعین الأعمی وذکر الخصی وأُنثیه ثلث الدیه(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۳ - ۳۶۴ ، الباب ۴ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

المقصد الثالث: فی الشجاج والجراح

اشاره

والشجاج ثمان: الحارصه، والدامیه، والمتلاحمه، والسمحاق، والموضحه والهاشمه، والمنقّله، والمأمومه.

أمّا الحارصه: فهی التی تقشِّر الجلد، وفیها بعیر. وهل هی الدامیه؟ قال الشیخ: نعم، والروایه ضعیفه[۱]، والأکثرون علی أنّ الدامیه غیرها، وهی روایه منصور بن حازم، عن أبی عبداللّه علیه السلام.

ففی الدامیه إذن بعیران، وهی التی تأخذ فی اللحم یسیراً، وأمّا المتلاحمه: فهی التی تأخذ فی اللحم کثیراً، ولا تبلغ السمحاق، وفیها ثلاثه أبعرِه. وهل هی غیر الباضعه؟ فمن قال: الدامیه غیر الحارصه، فالباضعه والمتلاحمه واحده. ومن قال: الدامیه والحارصه واحده، فالباضعه غیر المتلاحمه.

الشَرح:

المقصد الثالث: فی الشجاج والجراح

[۱] المراد من الشجاج جرح الرأس والوجه ویطلق الجراح علی جرح سائر الأعضاء، ویذکر للشجاج ثمانیه أقسام باختلاف الدیه فی کلّ منها مع الدیه فی الأُخری.

دیه الحارصه والدامیه

الأوّل منها الحارصه ویفسّر بأنّها هی التی تقشر الجلد ولم تأخذ من اللحم لتجری علیها الدم وإن خرج الدم أی ظهر علی موضع قشر الجلد وموضع الخدش.

وفی کلمات المشهور تجعل الدامیه القسم الثانی من جرح الرأس أو الوجه، ویفسّر بأنّها تأخذ من اللحم یسیراً ویجری الدم علی موضعها، وعن بعض الأصحاب

....

الشَرح:

جعل الدامیه مرادفه مع الحارصه(۱)، ویطلق علی الجرح فی القسم الثانی الباضعه ویقابلها المتلاحمه والجرح الذی یأخذ فی اللحم کثیراً ولا یبلغ السمحاق.

وعلی کلّ تقدیر، فالدیه فی الحارصه سواء کانت خطأً أو شبه العمد علی المشهور بعیر، والمراد لیس تعیّن البعیر علی ما نذکر بل جزء من مئه أجزاء دیه النفس، بلا فرق بین کونه بعیراً أو غیره.

وما یحکی(۲) عن الإسکافی من أنّ الدیه فی الحارصه نصف بعیر، قول شاذّ لا یعلم له أیّ مستند، بل ورد فی موثّقه منصور بن حازم أو صحیحته علی الأصح عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی الخرصه شبه الخدش بعیر، وفی الدامیه بعیران، وفی الباضعه وهی مادون السمحاق ثلاث من الإبل، وفی السمحاق وهی دون الموضحه أربع من الإبل، وفی الموضحه خمس من الإبل»(۳) وظاهرها ما علیه ظاهر المتن من کون الدامیه مرتبه ثانیه تقابل الحارصه لا أنّها ترادفها، وأنّ الدیه فی الحارصه بعیر وفی الدامیه بعیران، ولکن قد تطلق الدامیه علی الحارصه کما فی موثقه السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله قضی فی الدامیه بعیراً وفی الباضعه بعیرین وفی المتلاحمه ثلاثه أبعره وفی السمحاق أربعه أبعره»(۴) فإنّه حیث جعلت الدیه فی السمحاق أربعه من الإبل فی کلّ منها یعلم أنّ المراد من الدامیه فی موثّقه السکونی ما عبّر عنها فی صحیحه منصور بالخرصه؛ لأنّ قبل السمحاق فی کلّ منها ثلاث مراتب، وعلی ذلک فلا یوجب إطلاق الدامیه علی الخارصه أن لا یکون للشجاج

۱- (۱) کالشیخ فی النهایه : ۷۷۵.

۲- (۲) حکاه العلاّمه فی مختلف الشیعه ۹ : ۴۰۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۲ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۱۴.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۰ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۸.

....

الشَرح:

قبل السمحاق ثلاثه أقسام كما ذكرنا، فإنّ الديه فى الجرح الذى يأخذ من اللحم شيئاً ويجرى عليه الدم بعيران.

وإذا أخذ منه كثيراً ولكن لم يبلغ غشاء العظم تكون الديه ثلاثه أبعره، ويطلق على الجرح كذلك بالمتلاحمه وإذا بلغ الجرح إلى الجلد الرقيق بين اللحم والعظم ويعبّر عنه بغشاء العظم يطلق عليه السمحاق وإذا خرق الجرح ذلك الجلد الرقيق وظهر بياض العظم يطلق عليه الموضحه على ما يذكر.

ثمّ إنّه قد ذكرنا أنّ المراد من البعير فى الخارصه ليس خصوص البعير بل جزء واحد من مئه أجزاء ديه النفس وإن ذكر عنوان البعير والبعيرين والأبعره والإبل فى غير واحد من الروايات ولكن يلتزم بالجزء بالنسبه إلى ديه النفس فى جميعها بقرينه ما ورد فى صحيحه معاويه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الديه، والشجّه الجائفه ثلث الديه، وسألته عن الموضحه؟ قال: خمس من الإبل(۱). حيث عيّنت الديه للشجّه المأمومه والجائفه بثلث الديه.

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الموضحه خمس من الإبل وفى السمحاق أربع من الإبل والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون، والمنقّله خمس عشره من الإبل(۲).

حيث إنّ التعبير فى المأمومه بثلث الديه فى صحيحه معاويه بن وهب وبثلاث وثلاثون من الإبل فى هذه الصحيحه تعطى أنّ المراد فى المقام، النسبه الخاصّه بالإضافه إلى ديه النفس فى أقسام الشجاج.

وأوضح من ذلك ما ورد فى كتاب ظريف حيث تكرّر بيان اعتبار من قوله: وفى

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۸۱، الباب ۲ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۱۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۷۹، الباب ۲ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۴.

وأمّا السمحاق: فهی التی تبلغ السمحاقه، وهی جلده مغشیه للعظم، وفیها أربعه أبعره.

وأمّا الموضحه: فهی التی تکشف عن وضح العظم وفیها خمسه أبعره[۱].

الشَرح:

موضحه الرأس خمسون دیناراً، فإن نقل منها العظام فدیتها مئه وخمسون دیناراً، فإن کانت ثاقبه فی الرأس فتلک المأمومه دیتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار(۱).

أضف إلی ذلک أنّه لو کانت الدیه فی الشجاج معیّنه فی الإبل خاصّه لزادت دیه المأمومه علی دیه النفس أحیاناً.

دیه السمحاق والموضحه

[۱] قد تقدّم أنّ الدیه فی الدامیه التی عبّر عنها فی معتبره السکونی بالباضعه بعیران وذکرنا أنّ المراد بها علی کلّ تقدیر الجرح الذی یأخذ من اللحم یسیراً بحیث یجری علی موضعه الدّم فی مقابل ما یعبّر عنه فی کلام الأکثر بالمتلاحمه أو الباضعه، والمراد بها ما یأخذ من اللحم کثیراً ولکن لا یصل إلی السمحاق، والمراد من السمحاق ما تبلغ الجرح الجلده المغشیه للعظم ولکن لا تخرقها، وفی المتلاحمه وإن عبّر عنها بالباضعه ثلاثه من الإبل، وفی السمحاق أربع، وفی الموضحه خمس من الإبل کما ورد فی صحیحه معاویه بن وهب المتقدّمه وفی معتبره السکونی المتقدّمه عن أبی عبداللّه علیه السلام قضی فی الدامیه المراد بها الحارصه علی ما مرّ بعیراً وفی الباضعه بعیرین، وفی المتلاحمه ثلاثه أبعره، وفی السمحاق أربعه أبعره(۲).

وفی صحیحه منصور بن حازم، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الحرصه شبه الخدش بعیر، وفی الدامیه بعیران، وفی الباضعه وهی ما دون السمحاق ثلاث من الإبل، وفی السمحاق دون الموضحه أربع من الإبل، وفی الموضحه خمس من الإبل(۳).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۵ ۲۹۶ ، الباب ۶ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۰ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۸.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۲ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۱۴.

فروع: لو أوضحه اثنتين، ففى كلّ واحده خمس من الإبل. ولو وصل الجانى بينهما، صارتا واحده[١]، كما لو أوضحه ابتداءً وكذا لو سرتا، فذهب ما بينهما؛ لأنّ السرايه من فعله. ولو وصل بينهما غيره لزم الأوّل ديتان، والواصل ثالثه؛ لأنّ فعله لا يبنى على فعل غيره. ولو وصلهما المجنى عليه فعلى الأوّل ديتان، والواصله هدر. ولو اختلفا فقال الجانى: أنا شققت بينهما، وأنكر المجنى عليه، فالقول قول المجنى عليه مع يمينه؛ لأنّ الأصل ثبوت الديتين، ولم يثبت المسقط.

الشَرح:

وفى معتبره أبى مريم، قال: قال لى أبو عبداللّه عليه السلام إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قد كتب لابن حزم كتاباً فخذه منه فأتنى به حتّى أنظر إليه قال: فانطلقت إليه فأخذت منه الكتاب ثمّ أتيته به فعرضته عليه، فإذا فيه من أبواب الصدقات وأبواب الديات، وإذا فيه: فى العين خمسون، وفى الجائفه الثلث، وفى المنقّله خمس عشره، وفى الموضحه خمس من الإبل(١). إلى غير ذلك ممّا يأتى.

ثمّ إنّه يظهر من بعض الكلمات أنّه إذا كان مع قشر الجلد ظهور نقطه من الدم، ولو لم يجرِ على الموضع بل يبس فى موضعه بعد ظهوره فهى داميه وفيها بعيران حيث إنّ خروجه يكون بأخذ شىء من اللحم.

ولكن هذا غير ظاهر والمتيقّن من ثبوت الديه فيها بعير كما أنّ المتيقّن من الداميه ما يجرى على موضعه الدم ولو قليلاً لأخذها من اللحم يسيراً عرفاً، وفى الباضعه التى يأخذ من اللحم كثيراً المعبّر عنها بالمتلاحمه أيضاً على ما تقدّم ثلاث من الإبل ولا تبلغ السمحاق، وإذا بلغ إليه ولم تخرقه أربع، وإذا خرقه بحيث ظهر العظم ويعبّر عنها بالموضحه خمس من الإبل.

ديه ما لو أوضحه اثنتين

[١] لا يخفى أنّه لا يختلف الديه فى أىّ مرتبه من مراتب الجرح من حيث سعه

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٨١، الباب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ١٣.

....

الشَرح:

الجرح طولاً وعرضاً ويتّحد الموضحه مع الموضحه الأُخرى فى الديه وإن كان إحداهما أوسع طولاً أو عرضاً من الأُخرى، بل الأمر فى ثبوت القصاص فى تلك المراتب أيضاًكذلك فلا فرق فى ثبوت القصاص فى موضحه مع اختلافها مع موضحه أُخرى من حيث الطول والعرض وإن يجب ملاحظه المقدار فى مقام استيفاء القصاص من الجانى.

والوجه فى ذلك كلّه تعلّق الديه الخاصّه بالموضحه مثلاً كما تقدّم من خمسه أبعره من غير تقييد لها من جهه الطول والعرض، وكذلك الأمر فى تعلّق القود منها على الجانى.

وأيضاً قد ذكرنا سابقا أنّه لو جنى جنايتين بضربه واحده، فإن لم تكن إحدى الجنايتين مترتّبه على الأُخرى بأن كانتا فى عرض واحد تثبت الديه فى كلّ واحده منها، وكذا فيما إذا كانتا مترتّبتين ولكن كان كلّ منهما مساويه مع الأُخرى فى الديه.

بخلاف ما إذا كانت الجنايتان بضربتين فإنّ لكلّ منها ديه وإن اختلفتا فى مقدار الديه كما استظهرنا ذلك من صحيحه أبى عبيده الحذّاء عن أبى جعفر عليه السلام حيث ورد فيها: فما ترى عليه فى الشجّه شيئاً؟ قال: لا، لأنّه إنّما ضربه ضربه واحده فجنت الضربه جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلّا أن يكون فيهما الموت بواحده وتطرح الأُخرى فيقاد به ضاربه(1). الحديث.

ومن هنا أنّه لو جرح شخص الآخر بجراحه موضحه مثلاًـ مع جراحه موضحه أُخرى فى رأسه يتعلّق بالجانى ديتان لكلّ منهما خمس إبل حتّى ما إذا كانتا بضربه واحده فضلاً عن كونه بضربتين.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٦٦، الباب ٧ من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وأيضاً لا فرق فى ثبوت ديه الجراحات بين برئها وعدمه أو من غير بقاء أثرها أو زواله ويقتضيه إطلاق ما ورد فى تعيين ديتها.

وذكر الماتن قدس سره لو أوضح الجانى موضحتين ففى كلّ منهما خمس من الإبل فإن وصل الجانى بينهما صارتا موضحه واحده ويكون على الجانى ديه موضحه واحده، كما إذا كانت من الابتداء موضحه واحده، ونظير ذلك ما لو سرت إحداهما أو كلاهما بحيث صارتا جراحه واحده، فإنّ سرايه الجراحه أيضاً يحسب من فعل الجانى؛ ولذا يكون ضمان سرايه الجراحه على الجانى بخلاف ما إذا كان الوصل بينهما بفعل الغير حيث يحسب الموضحتان على الجانى الأوّل؛ لأنّ فعل الغير لا يخرج فعل الصادر عن الجانى عن كونه موجباً لجنايتين، بل يحسب الصادر عن الغير جراحه موضحه يكون عليه ديتها، وأمّا إذا وصلهما نفس المجنى عليه يكون على الأوّل ديتان وفعل المجنى عليه هدر.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ وصل الجانى بين الموضحتين جنايه ثالثه ويكون عليه ديتها وإلحاقها بما إذا كانت الموضحه من الأوّل وسيعه طولاً بضربه واحده يدخل فيالقياس مع الفارق.

نعم، إذا كان الاتّصال بينهما بالسرايه لا تزيد على الديتين على الجانى شىء آخر؛ لأنّ سرايه الجراحه بالسعه فى طولها وعرضها غير مضمون بخلاف سرايتها فى العمق.

ومن هنا يظهر الحال فيما إذا كان الوصل بفعل الغير أو المجنى عليه حيث يضمن الغير ديه موضحه أُخرى ويكون فعل المجنى عليه هدراً.

ثمّ إنّ ثبوت ديه موضحه أُخرى على الجانى أو على الغير فيما إذا كان الاتّصال بجراح موضحه أُخرى، وأمّا إذاكان بالباضعه أو غيرها فإن سرت الجراحه عمقاً حتّى صارت موضحه فكما تقدّم وإلاّ يضمن ما أحدثه من الجراحه من ديتها لما تقدّم من

وکذا لو قطع یدیه ورجلیه[۱]، ثمّ مات بعد مدّه یمکن فیها الاندمال. واختلفا، فالقول قول الولی مع یمینه. ولو شجّه واحده، واختلفت مقادیرها أخذ دیه الأبلغ؛ لأنّها لو کانت کلّها کذلک، لم تزد علی دیتها[۲].

الشَرح:

ضمان سرایه الجرح عمقاً لا سعتها طولاً أو عرضاً.

دیه ما لو قطع یدیه ورجلیه

[۱] یعنی إذا قطع الجانی الیدین والرجلین ثمّ مات المجنی علیه فی زمان یحتمل أن یکون موته بسرایه جرح قطع الیدین والرجلین أو موته بعد برء جرح قطع الیدین والرجلین، بأن لا یکون موته بسرایه جرح قطع الیدین والرجلین، فقال الجانی مات بالسرایه فلا یکون علیه إلّا دیه واحده للنفس؛ لدخول دیه الجرح فی دیه النفس إذا سری الجرح فمات وقال ولیّ المیّت إنّه لم یکن فی البین سرایه، بل مات الشخص لا بالسرایه فیکون علی الجانی دیه نفس لقطع الیدین، ودیه نفس أُخری لقطع الرجلین فیحلف الولی علی عدم السرایه فیأخذ دیتین إذا لم یکن للجانی بیّنه للسرایه.

فرع

[۲] لو ضربه بضربه واحده وأحدثت جراحه تصل بعضها حدّ الموضحه وبعض أطرافها من طولها إلی حدّ الباضعه یکون علی الجانی دیه الموضحه فقط لما تقدّم من أنّ المستفاد من صحیحه أبی عبیده الحذّاء(۱) فی أنّ الجنایه الأخف تدخل دیتها فی الأشدّ إذاکانتا مترتّبتین؛ ولأنّ جراحه الموضحه یکون مسبوقه بالسمحاق والباضعه والدامیه وتقدّم أیضاً أنّ الجراحه لا تختلف دیتها بحسب طولها أو عرضها فیما إذا کانت بضربه واحده حتّی فیما إذا کانت بطولها فی مرتبه واحده،

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۶، الباب ۷ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

ولو شجّه فی عضوین، کان لکلّ عضو دیه علی انفراده[۱]، ولو کان بضربه واحده. ولو شجّه فی رأسه وجبهته فالأقرب أنّها واحده؛ لأنّهما عضو واحد.

الشَرح:

وأولی بعد الاختلاف فیما إذا کانت ما بضربه واحده مقدار منها متلاحمه ومقدار باضعه مثلًا. وبالجمله، لو کان تمام الجرح الواحد فی مرتبه وحده لم تزد دیتها علی دیه تلک المرتبه فکیف ما إذا کان بعض أطرافه دون تلک المرتبه؟

لو شجّه فی عضوین

[۱] إذا شجّه فی عضوین مختلفین من شخص واحد کالید والرأس، کان لجرح کلّ عضو حکمه، فإن کان جرح الرأس بقدر الموضحه وجرح الآخر دونها یکون علیه دیتان موضحه للرأس وغیرها لغیره من غیر فرق بین أن یکون الجرحان بضربتین أو بضربه واحده فإنّ الوجه فی ذلک فیما کان بضربتین ظاهر.

وأمّا إذا کانا بضربه واحده فلمّا تقدّم عند التکلّم فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء عن أبیجعفر علیه السلام (۱) من أنّ الجنایتین الحاصلتین بضربه واحده إذا کانتا مترتّبتین وکانت الدیه فی إحداهما أقل وفی الأُخری أکثر تلزم أبلغ الجنایتین والمفروض فی المقام جنایتان حاصلتان فی عرض واحد وإن کانت دیه إحداهما أکثر من الدیه فی الأُخری.

هذا کلّه فیما إذا کان الجرحان فی عضوین کما فی المثال، وأمّا إذا کانا فی عضو واحد وکانا متّصلین، کما إذا ضرب رأسه فجرح رأسه وجبهته فإنّ مع اتصال الجرحین من عضو واحد تعدّ جنایه واحده، سواء کان ذلک بضربه واحده أو ضربتین، حیث إنّ الدیه تترتّب علی جراحه واحده ولا یفرق فی الجراحه الواحده کون العرض والطول مختلفاً أم لا، بلغت عمقها بحدّ واحد فی أطرافها أم لا، وإذا کانت الجراحه فی عضو واحد متعدّده من الأوّل کان لکلّ منها دیه تخصّها علی ما تقدّم.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۶، الباب ۷ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

وأمّا الهاشـمه: فهى التى تهشم العظم، وديتهـا عشـره من الإبل أرباعاً إن كان خطأً وأثلاثاً إن كان شبيه العمـد، ولا قصاص فيها. ويتعلّق الحكم بالكسر، وإن لم يكن جرح.

ولو أوضحه اثنتين وهشمه فيهما واتّصل الهشم باطناً، قال فيالمبسوط: هما هاشمتان وفيه تردد[۱].

الشَرح:

وعلى ذلك فلو شجّه فى رأسه وجبهته جراحه تصل من الرأس إلى الجبهه فهى جراحه واحده، فإنّ الجبهه داخله فيالرأس لا أنّها عضو آخر مستقلّ؛ ولذا لو ذبح من عنقه يقال قطع رأسه بخلاف الصدر والرأس أو الرأس والبطن أو البطن والصدر.

ديه الهاشمه

[۱] لا ـ خلاف بين أصـحابنا فى أنّ ديه الهاشـمه عشـر من الإبل والمراد منها الجرح الـذى تكسـر الشـجّه معه العظم، بل يقال إنّ الحكم أى ثبوت عشره من الإبل يتعلّق بنفس كسر العظم وإن لم يكن معه جرح أخذاً بظاهر الاسم حيث إنّ الهشم بمعنى الكسر ومنه يقال للنبات اليابس المنكسر هشيم.

ويدلّ على الحكم روايه السـكونى، عن أمير المؤمنين عليه السـلام قضـى فى الهاشمه بعشر من الإبل(۱). ومثلها ما رواه الصدوق قدس سره فى الفقيه بإسناده إلى السكونى: أنّ عليّاً قضى فى الهاشمه بعشر من الإبل(۲). وربّما يعبّر عنهما بالمعتبرتين للسكونى ولا يخلو عن تأمّل، فإنّ السـكونى لم يذكر الواسـطه للروايه عن قضاء على عليه السلام ولعلّ هذا ممّا لا بأس به؛ لأنّ المعهود من السكونى الروايه عن على أو عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله بواسطه أبى عبداللّه عليه السلام .

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۸۲ ، الباب ۲ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۱۵.

۲- (۲) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۶۹ ، الحديث ۵۳۸۶.

وأمّا المنقله: فهی التی تحوج إلی نقل العظم، ودیتها خمسه عشر بعیراً[۱]، ولا ـ قصاص فیها، وللمجنی علیه أن یقتص فی قدر الموضحه، ویأخذ دیه مازاد، وهو عشر من الإبل.

الشَرح:

ویمکن أن یستدلّ علی الحکم أی ثبوت عشر من الإبل لکسر عظم الرأس وإن لم یکن فی البین شجّه بما ورد فی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: فی الموضحه خمس من الإبل، وفی السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الأبل والجائفه ثلاث وثلاثون والمنقّله خمس عشره من الإبل(۱). فإنّ دیه المنقّله علی الکسر یزید بنصف علی ما تقدّم من ضابطه دیه کسر العظم، وإذا کان فیالمنقّله خمسه عشر من الإبل تکون دیه الهاشمه عشر من الإبل، سواء کان فی البین جراحه أم لا، حیث إنّ الکسر لا یستلزم الجرح، ویقال فی أداء دیه الهاشمه بعشر من الإبل تفصیل فإن کان الکسر خطأً محضاً تؤدّی أرباعاً وإن کان شبه الخطأ تؤدّی أثلاثاً، وحیث إنّ القصاص لا یتعلّق بالهاشمه لعدم ثبوت القصاص فی کسر العظام یکون الثابت معه أیضاً الدیه أثلاثاً حیث إنّ الدیه فی العمد لا یکون أقلّ من شبه الخطأ ولکن الاختلاف بین الخطأ وشبه العمد بالأرباع والأثلاث ثابت فی دیه النفس، وأمّا فی دیه غیر النفس فلم یقم علیه دلیل، بل مقتضی إطلاق عشر من الإبل یعمّ فیؤخذ به.

دیه المنقّله

[۱] المراد من المنقّله الشجّه التی تنقل العظم بکسره من موضعه الذی خلقه اللّه تعالی فیه إلی موضع آخر ولا ـ یثبت فیها القصاص لما تقدّم فی الهاشمه ولعدم القصاص فی کسر العظام والدیه فیه خمسه عشر بعیراً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۹، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۴.

وأمّا المأمومه فهی التی تبلغ أَمّ الرأس، وهی الخریطه التی تجمع الدماغ[۱]، وفیها ثلث الدیه، وهو ثلاثه وثلاثون بعیراً.

الشَرح:

کما یـدلّ علی ذلک صـحیحه الحلبی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قال: فی الموضـحه خمس من الإبل، وفیالسـمحاق أربع من الإبـل، والباضـعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون [من الإبل]، والمنقّله خمس عشـره من الإبل(۱).

وفی معتبره أبی مریم قـال: قال لی أبو عبـداللّه علیه السـلام : إنّ رسول اللّه علیه السـلام قـد کتب لابن حزم کتاباً فخـذه فأتنی به حتّی أنظر إلیه، قـال: فـانطلقت إلیه فأخـذت منه الکتاب ثمّ أتیته به فعرضـته علیه، فإذا فیه من أبواب الصـدقات وأبواب الـدیات، وإذا فیه: فی العین خمسون، وفی الجـائفه الثلث، وفی المنقله خمس عشـره، وفی الموضـحه خمس من الإبل(۲). وما ذکر الماتن قدس سره وللمجنی علیه أن یقتصّ فی قدر الموضحه ویأخذ دیه ما زاد وهو عشر من الإبل.

ولکن لا یخفی أنّ الضـربه إذا کانت واحده وحدثت تلک الشـجّه منقّله فتحدید تلک الجنایه بخمسه عشـر من الإبل ظاهره عدم تعلّق أمرآخر بالجانی غیر الـدیه، نعم إذا کانت بضـربه أو ضـربات حدثت ببعضـها الموضـحه أو ما دونها یتعلّق بها القصاص إذا کانت عمداً کما یدلّ علی ذلک ما تقدّم فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء المتقدّمه فراجع.

دیه المأمومه والدامغه

[۱] وأمّا الشـجّه المأمومه وهی التی تبلغ أمّ الرأس أی الخریطه التی تجمع الـدماغ وتغشاه فیها ثلث الدیه فتکون ثلاثمئه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، نعم إذا

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۹، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۱، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۱۳.

....

الشَرح:

أعطى الديه من الإبل فيكفى ثلاثه وثلاثون إبلاً من غير حاجه إلى ضمّ ثلث بعير وكذا الحال فى الجائفه.

ويدلّ على ذلك صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الموضحه خمس من الإبل وفى السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون، والمنقّله خمس عشره من الإبل(١).

وفى صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الديه، والشجّه الجائفه ثلث الديه(٢).

ومقتضى هذه الصحيحه ثبوت ثلث الديه فى المأمومه فيكون ثلاثمئه وثلاثون وثلث دينار ويرفع اليد فى إعطائها بالإبل حيث إنّ مقتضى صحيحه الحلبى كفايه ثلاثه وثلاثون من الإبل وحملها على عدم الاهتمام فى الجواب لبيان تمام الحدّ من الإبل كماترى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الدامغه التى السلامه معها نادره فلو اتّفق السلامه فديتها أيضاً ثلث الديه لمّا تقدّم فى الصحيحتين من أنّ فى الجائفه ثلث الديه أو ثلاثه وثلاثون من الإبل، وإن ترتّب عليها الموت فإن كان عمداً متعمّداً يتعلّق على الجانى الاقتصاص منه وإن كان خطأً فديه النفس، وما ذكر الماتن فى المقام أيضاً من أنّه على تقدير اتفاق السلامه للمجنى عليه الاقتصاص من الموضحه وأخذ ديه الزائد وهو ثمانيه وعشرون من الإبل فقد ذكرنا ما فيه.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٧٩، الباب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۴.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٨١، الباب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ١٢.

وأمّا الدامغه: فهی التی تفتق الخریطه والسلامه معها بعیده. ولا قصاص فی المأمومه؛ لأنّ السلامه معها غیر غالبه. ولو أراد المجنی علیه أن یقتص فی الموضحه ویطالب بدیه الزائد جاز، والزیاده ثمان وعشرون بعیراً.

قال فی المبسوط: وثلث بعیر، وهو بناء علی أنّ ما فی المأمومه ثلاثه وثلاثون وثلث ونحن نقتصر علی ثلاثه وثلاثین تبعاً للنقل.

ولو جنی علیه موضحه فأتمها آخر هاشمه[۱]، وثالث منقله، ورابع مأمومه، فعلی الأوّل خمسه، وعلی الثانی ما بین الموضحه والهاشمه خمسه أیضاً، وعلی الثالث ما بین الهاشمه والمنقله خمسه أیضاً، وعلی الرابع تمام دیه المأمومه ثمانیه عشر بعیراً.

الشَرح:

إذا تداخلت الشجّات

[۱] هذا ما ذکر فی کلمات جمله من الأصحاب، ولکن لا یمکن المساعده علیه فإنّ من أحدث شجّه خاصّه فعلیه تمام دیه تلک الشجّه، فمن أحدث المأمومه فعلیه دیتها کما أنّ من أحدث الهاشمه فعلیه دیه الهاشمه وإن أحدث المنقّله فعلیه دیتها أخذاً بإطلاق الوارد فی الروایات فی دیه تلک الشجّه أو الکسر.

وبالجمله، مقتضی الإطلاقات فی الروایات المتقدّمه أنّ من أحدث أی شجّه فعلیه تمام دیته لا أنّ دیه الشجّه تقسّط علی الجناه کلّ علی حسب جنایته.

ومن لواحق هذا الباب مسائل:

(الأُولى): دیه النافذه فی الأنف ثلث الدیه[۱]، فإن صَلُحت فخُمْس الـدیه مئتا دینار. ولو کانت فی أحـد المنخرین إلی الحاجز، فعُشْر الدیه.

الشَرح:

دیه النافذه فی الأنف

[۱] المراد أنّه إذا نفـذت نافـذه فی الأنـف بحیث خرقت المنخرین والوتره التی بین المنخرین فـإن کـان بنحو لاـ ینسـدّ ففیه ثلث الدیه وان برءت وانسدّت بلا عیب ففیه خمس الدیه أی مئتا دینار، وقد ورد فی معتبره ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی الأنف قال: فإن قطع روثه الأنف وهی طرفه فدیته خمسـمئه دینار، وإن نفذت فیه نافذه لا تنسدّ بسهم أو رمح فدیته ثلاثمئه دینار وثلاـثه وثلاـثون دینـاراً وثلث دینـار، وإن کـانت نافـذه فبرأت والتـأمت فـدیتها خمس دیه روثه الأنف مئه دینار فما أُصـیب منه بحسـاب ذلـک، وإن کـانت نافـذه فی إحـدی المنخرین إلی الخیشوم وهو الحـاجز بین المنخرین فـدیتها عشـر دیه روثه الأـنف خمسون دیناراً؛ لأنّه النصف، وإن کانت نافذه من إحدی المنخرین أو الخیشوم إلی المنخر الآخر فدیتها سـتّه وسـتّون دیناراً وثلثا دینار(۱).

ولاـ یبعـد أن یسـتظهر من الحـدیث أنّ المراد من روثه الأـنف مجموع المـارن الـذی یقطر منه دم الرعاف ونحوه، وأنّ دیه قطعه نصف دیه الأنف أی خمسمئه دینار فإنّه نصف الدیه التی تثبت عند قطع الأنف أو المارن أو إفساد الأنف بحیث ذهب الأنف أو المارن منه.

ویستفاد من الحدیث أیضاً أنّ النافذه إذا نفذت فی الأنف بحیث خرقت

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۳ ، الباب ۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

(الثانیه): فی شقّ الشفتین حتّی تبدو الأسنان ثلث دیتهما[۱]، ولو برئتا فخُمْس دیتهما. ولو کان فی إحداهما، فثُلث دیتها، ومع البرء خُمْس دیتها.

الشَرح:

المنخرین والحاجز بینهما المعبّر عنه بالخیشوم فدیتها مع عدم برئها وعدم التئام الأنف ثلث دیه الأنف أی ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وإن برئت والتأمت فدیتها خمس دیه (روثه) الأنف فإن کان الوارد فی الحدیث خمس دیه الأنف یتمّ ما ذکره الماتن، ولکن فی نسخه خمس دیه روثه الأنف، وعلیه تکون دیتها مئه دینار، وذکر مئه دینار فی نسخه الوسائل قرینه علی أنّ المذکور فی الحدیث خمس دیه روثه الأنف لا خمس دیه الأنف لتکون الدیه مئتی دینار.

دیه شقّ الشفتین

[۱] وقد ورد ذلک فی معتبره ظریف وفیها: وإن قطعت الشفه العلیا واستؤصلت فدیتها خمسمئه دینار فما قطع منها بحساب ذلک، فإن انشقّت حتّی تبدو منها الأسنان ثمّ دوویت وبرئت والتأمت فدیتها مئه دینار، فذلک خمس دیه الشفه إذا قطعت واستؤصلت، وما قطع منه فبحساب ذلک، وإن شترت فشینت شیناً قبیحاً فدیتها مئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، ودیه الشفه السفلی إذا استؤصلت ثلثا الدیه ستمئه وستّه وستّون دیناراً وثلثا دینار، فما قطع منها فبحساب ذلک، فإن انشقّت حتّی تبدو الأسنان منها ثمّ برئت والتأمت فدیتها مئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وإن أُصیبت فشینت شیناً قبیحاً فدیتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وذلک نصف (ثلث) دیتها(۱).

أقول: قد تقدّم أنّ الوارد فی الروایات أنّ فی الشفّتین إذا استؤصلا ألف دینار(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۹۴ ، الباب ۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

(الثـالثه): الجائفه هی التی تصل إلی الجوف، من أی الجهات کان ولو من ثغره النحر[۱]، وفیها ثلث الدیه، ولا قصاص فیها. ولو جرح فی عضو ثمّ أجاف لزمه دیه الجرح ودیه الجائفه، مثل أن یشقّ الکتف حتّی یحاذی الجنب، ثمّ یجیفه.

الشَرح:

وأنّ کلّ ما فی الجسـد اثنان ففی کلّ منهما نصف الدیه(۱). وفی موثقه سـماعه الشفتان العلیا والسفلی سواء فی الدیه(۲). وعلی ذلک فلا یمکن الأخذ بما فی المعتبره من أنّ دیه الشـفه العلیا خمسـمئه دینار ودیه الشـفه السفلی ثلثا دیه الشفتین أی ستمئه وستّه وسـتون دیناراً وثلثا دینار والمتعیّن ترک العمل بذلک فی المعتبره فی مقابل موثّقه سـماعه، فإن توافق ما ورد فی أنّ دیه الشفتین ألف دینار وأنّ کلّ ما فی الجسـد اثنان ففی کلّ منهما نصف الـدیه مع أنّ زیاده دیه الشـفتین علی دیه النفس أمر بعید ولا یضـرّ بذلک موافقه سماعه مع مذهب العامّه فإنّ الترجیح بالکتاب والسنه مقدّم علی رعایه مخالفه العامّه.

وأمّـا سـائر مـا ورد فیه وهو اختلاـف الشقّ فی الشـفتین إذا لم تبرأ وصـار فیهمـا شـیناً فإنّ الـدیه فی الشـفّه العلیا مئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وفی السفلی ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

ولکن یشـکل ذلک علی ما ورد بعد ذلک (وذلک نصف دیتها) کما لا یخفی، والأحوط فی الزائد علی ثلث دیه الشفّه التصالح کما أنّ الأحوط أیضاً فی صوره الشین من العلیا التصالح بالإضافه إلی المقدار الأقلّ من ثلث دیتها.

دیه الجائفه

[۱] ذکر قـدس سـره أوّلاًـ المراد من الجـائفه أنّه الجراحه فی أی من جهـات الجسـد بحیث یصل الجرح جوف الجسـد ولو کان الجرح من ثغره النحر.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۶ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۱۰.

....

الشَرح:

وذكر ثانياً أنّ ديه هـذه الجراحه ثلث الـديه أى ثلث ديه نفس الرجل وأنّ ثبوت الديه على الإطلاق سواء كانت الجنايه تعمّداً أو خطأً حيث إنّه لا قصاص فى هذا القسم من الجرح فيخرج عن عموم قوله سبحانه «والجروح قصاص».

أقول: كون المراد بالجائفه ما ذكره قدس سره هو المعروف المشهور بين الأصحاب، ولكن يظهر من عباره المقنع أنّ الجائفه هى الجراحه فى الرأس بحيث تبلغ جوف الـدماغ(١)، بخلاـف المـأمومه وهى الجراحه نفـذت فى العظم ولكن لم تصـل إلى جوف الدماغ، وبتعبير آخر الدامغه التى ذكر الماتن قبل ذلك يرادف الجائفه.

ويظهر ذلـك من كلاـم الكلينى قـدس سـره حيث قـال: «المـأمومه وهى الـتى تبلـغ أُمّ الـدماغ ثمّ الجـائفه الـتى تصـير فى جـوف الدماغ»(٢).

ولـذا ذكر الأردبيلى قدس سـره أن ثلث الديه فى الجائفه(٣) كمـا ورد فى عـدّه من الروايـات ما كان فى جائفه الرأس حتّى بناءً على أنّ اسم الجائفه يعمّ سائر البـدن إذا وصـلت الجراحه إلى الجوف، وذلك فإنّ تحديـد ديتها بالثلث فى تلك الروايات ناظره إلى الجائفه فى الرأس.

وفى صـحيحه معـاويه بن وهب قـال: سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن الشـجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الـديه والشـجّه الجائفه ثلث الديه، وسألته عن الموضـحه؟ قال خمس من الإبل(۴). فإنّ مع جعل الشـجّه موصوفاً لوصف الجائفه لا سبيل إلى دعوى الإطلاق فيها بأن تعمّ الجائفه سائر الجسد.

١- (١) المقنع: ٥١٢.

٢- (٢) الكافى ٧ : ٣٢٩، باب تفسير الجراحات والشجاج.

٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ١۴ : ۴۵۶.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٨١، الباب ٢ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ١٢.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: فی الموضحه خمس من الإبل وفی السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون والمنقّله خمس عشره من الإبل(۱). فإنّ مع کون کلّ ما ورد فیها دیه شجّاج علی ما تقدّم کیف تجعل الجائفه مطلقه تعمّ الجراح فی سائر الأعضاء من الجسد؟

وکذا فی روایه زید الشحام قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: فیها ثلث الدیه، وفی الجائفه ثلث الدیه، وفی الموضحه خمس من الإبل(۲).

ولا یخفی ان ما یقال أنّ اسم الجائفه لا تعمّ الجرح الوارد علی غیر الرأس والوجه أمر لا أساس له فإنّ المنسبق منها الجرح الواصل إلی الجوف.

نعم، دعوی أنّ الجائفه الوارده فی الروایات التیذکرت فیها أنّ دیتها ثلث الدیه لا تعمّ الجائفه فی غیر الرأس وأنّها ناظره إلی بیان دیه الجائفه فی الرأس لها وجه فإنّ الروایات التی ذکرها یمکن المناقشه فی إطلاقها بدعوی أنّ الدیه المذکوره فیها کما ذکر فی مواردها بغرض الشجاج ولو بقرینه السیاق.

ولکن یمکن الجواب عن المناقشه بأنّ السیاق لا تحسب قرینه علی رفع الید عن إطلاق المطلق نظیر ما ورد فی معتبره أبی مریم قال: قال لی أبو عبداللّه علیه السلام إنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله قد کتب لابن حزم کتاباً فخذه منه فأتنی به حتّی أنظر إلیه، قال: فانطلقت إلیه فأخذت منه الکتاب ثمّ أتیته به فعرضته علیه فإذا فیه من أبواب الصدقات وأبواب الدیات، وإذا فیه: فی العین خمسون وفیالجائفه الثلث، وفی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۹ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۴.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۷۹ ، الباب ۲ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۵.

....

الشَرح:

المنقّله خمس عشره، وفى الموضحه خمس من الأبل(۱). حيث إنّ الجائفه فى هـذه الروايه مطلقه كالعين ولا يكون ذكر المنقّله والموضحه قرينه على تقييدها.

ومـا فى كلام المقنع والكلينى من اختصاص الجائفه بالشـجّه فى مقابل المأمومه لا يمكن المساعـده عليه فإن ذلك وإن ورد فى روايه أبى بصـير، عن أبى عبداللّه عليه السـلام فى حديث قال: فى السمحاق، وهى التى دون الموضحه خمسمئه درهم، وفيها إذا كان فى الوجه ضـعف الديه على قدر الشـين، وفى المأمومه ثلث الديه، وهى التى نفذت ولم تصل إلى الجوف فهى فيما بينهما، وفى الجائفه ثلث الديه، وهى التى بلغت جوف الدماغ، وفى المنقّله خمس عشـره من الإبل وهى التى قد صارت قرحه تنقل منها العظام(۲).

ولو أُغمض عن ذلك كلّه وقلنا بأنّه لا يستفاد من هذه الروايه أكثر من ديه جائفه الرأس لإهمال تلك الروايات بالإضافه إلى ديه غير الرأس أو لإجمال الجائفه يكفى فى المقام معتبره ظريف حيث ورد فيها: فى جائفه الصدر بعد بيان كسـر الأضـلاع وجرحها: وفى موضـحه كـلّ ضـلع منها ربع ديه كسـره ديناران ونصف، فإن نقب ضـلع منها فـديتها ديناران ونصف، وفى الجائفه ثلث ديه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار(۳). فلا مورد للتأمّل فى أنّ الجائفه ديتها فى الجسـد أيضاً الثلث كما فى الرأس إذا سلم منها ولم يترتّب عليه الموت أو زوال العقل أو غيره.

ثمّ إنّ المشـهور بين الأصحاب بل المجمع عليه عندهم عدم ثبوت القصاص فى الجائفه، سواء كانت فى الرأس أو سائر الأطراف وفى مقطوعه أبى حمزه: وفى

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۸۱، الباب ۲ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۱۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۸۰، الباب ۲ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث ۹.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۰۴ - ۳۰۵، الباب ۱۳ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الجائفه ما وقعت فی الجوف لیس فها قصاص إلّا الحکومه(۱). والظاهر أنّ المراد بالحکومه الحکم بثلث الدیه.

ویؤیده ما تقدّم من عدم ثبوت القصاص فی کسر العظام لعدم إمکان رعایه المماثله فی الاقتصاص منها فإنّ ذلک یجری فی المقام أیضاً، فتدبّر. والأحوط التصالح بالدیه فی جائفه سائر الجسد غیر الرأس.

ثمّ إنّه قد ذکر الماتن أنّ الجانی إذا جرح فی عضو ثمّ أجاف ذلک الجرح لزمه دیه الجرح ثمّ دیه الجائفه.

ویظهر الوجه فی ذلک ممّا تقدّم آنفاً أنّه إذا حصل الجنایتان بفعلین یثبت علی الجانی دیه کلّ منهما، فإذا شقّ الکتف مثلًا حتّی یحاذی الجنب ثمّ أجافه فلتعدّد الضربه یثبت علیه دیه الجرح أوّلاً ـ ودیه الجائفه ثانیاً، واحتمال ثبوت الدیه الجائفه فقط؛ لأنّ الجرح الحاصل ولو بفعلین واحد یکون علی الجانی دیه أغلظهما کماتری، فإنّ الموجود حقیقه جنایتان حصلت کلّ منهما بضربه غیر الحاصله بالأُخری.

ثمّ ما ذکر من جائفه الرأس التی فیها ثلث الدیه إنّما هو فیما إذا دخل الجرح فی جوف الدماغ.

وأمّا إذا دخل فی جوف الخدّ فلیس فیها ثلث الدیه، بل کما یأتی أنّ الجرح إذا نفذ فیه بحیث یری جوف الفم فدیتها مئتا دینار فإن دووی والتأم ولکن کان فیه أثر بین وشتر یزداد علی مئتین خمسین دیناراً، کما ورد ذلک فی معتبره ظریف ویأتی التعرّض لذلک عند تعرّض الماتن لتساوی دیه الشجاج من الرأس والوجه.

ص :۲۹۳

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۸۰ ، الباب ۱۶ من أبواب قصاص الطرف، الحدیث ۲.

فروع:

لو أجافه واحد، كان عليه ديه الجائفه. ولو أدخل آخر سكّينه ولم يزد فعليه التعزير حسب[۱]. وإن وسعها باطناً أو ظاهراً ففيه الحكومه. ولو وسعها فيهما فهى جائفه أُخرى كما لو انفردت. ولو أبرز حشوته فالثانى قاتل.

ولو خيطت ففتقها آخر، فإن كانت بحالها لم تلتئم، ولم تحصل بالفتق جنايه، قال الشيخ رحمه الله : فلا أرش ويعزّر[۲] والأقرب الأرش؛ لأنّه لابدّ من أذى، ولو فى الخياطه ثانياً. ولو التحم البعض ففيه الحكومه. ولو كان بعد الاندمال فهى جائفه مبتكره فعليه ثلث الديه.

الشَرح:

فروع: لو أجافه واحد

[۱] وذلك فإنّ بالإدخال المذكور وإن لم تحصل جنايه ولو بتوسعه الجرح فى ظاهره ولا فى باطنه إلّا أنّه ظلم وتعدٍّ يستحقّ فاعله التعزير، وأمّا إذا وسّعه ظاهراً أو باطناً ففيه الحكومه؛ لأنّ التوسعه فى أحدهما لا تعدّ جائفه فإنّ الجائفه ما يكون الجرح بالجرح من الظاهر وإيصاله إلى الباطن والجوف، وعلى ذلك فإن وسّعه فيهما يكون جائفه أُخرى عليه ثلث الديه، من غير فرق بين أن يكون من الجارح الأوّل أو شخص آخر. ولو جرح أحد الشخصين الجائفه والآخر أبرز حشوته يعدّ الأوّل مع موت المجنى عليه جارحاً وعليه ثلث الديه وعلى الآخر حيث إنّ إبراز الحشوه يكون جرحاً قاتلاً عاده الاقتصاص منه أو أخذ الديه صلحاً أو على عاقلته إن كان من الخطأ المحض.

لو خيطت ففتقها آخر

[۲] الأظهر كما عليه الماتن يتعلّق بالفتق مع عدم الالتام الأرش فإنّ الجنايه قبل ذلك لم تكن محتاجه إلى الخياطه وبالفتق جعلها محتاجه فعلى الثانى أرش ذلك كما أنّه يتعلّق عليه الأرش ما إذا كان بعض الجرح ملتئماً فالفتق بعمله، ولو كان ملتئماً تمامه فانفتق بفعله فهو جائفه أُخرى جديده فعليه ثلث الديه.

ولو أجافه اثنتين فثلثا الديه[١]. ولو طعن فی صدره فخرج من ظهره، قال فی المبسوط واحده، وفی الخلاف: اثنتان وهو أشبه[٢].

الشَرح:

[١] لأنّ لكلّ من الجائفتين ديتها ثلث الديه فعلى الجانی يكون ثلثا ديه النفس فإن أعطى من الإبل فعليه ستّه وستّين إبلاً.

لو طعن فی صدره فخرج من ظهره

[٢] المحتملات فی المسأله ثلاثه:

الأوّل: ما ذكره فی المبسوط(١) فإنّه حيث كان الجرح بضربه واحده متّصلاً من الأوّل يحسب جائفه واحده يكون على الجانی ديتها، وقيل إنّ الوحده ظاهر فتاوى العلماء(٢) حيث إنّ الضربه والجنايه واحده ومال إلى ذلك فی الجواهر(٣).

والثانی: أنّها جنايتان لما تقدّم من أنّه إذا كانت الضربه الواحده بحيث شمل الجرح عضوين فيحسب ذلك جنايتان وجرحان كما شمل بالضربه الواحده الجرح الرأس والجبين، وما تقدّم من أنّ الضربه الواحده إذا أوجبت جنايتين أحدهما أغلظ من الأُخرى يكون على الجانی أغلظهما إنّما هو فيما إذا كانت الجنايتان مترتّبين أو كانتا فی عضو واحد.

الثالث: وهو أن لا يكون عليه ديه الجائفه فقط، بأن تكون ديتها أكثر ويستفاد ذلك من معتبره ظريف بعد بيان أنّ: فی الجائفه ثلث ديه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وإن نفذت من الجانبين كليهما رميه أو طعنه فديتها أربعمئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار(٤). وحيث إنّه لا معارض لها فيؤخذ بما ورد فيها.

ص: ٢٩٥

١- (١) المبسوط ٧ : ١٢٥.

٢- (٢) حكاه الفاضل الهندی عن الشهيد فی كشف اللثام ٢ : ٥١٨ (القديمه).

٣- (٣) جواهر الكلام ٤٣ : ٣٤٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٠٤ - ٣٠٥ ، الباب ١٣ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الرابعه): قيل: إذا نفذت نافذه فی شیء من أطراف الرجل ففيها مئه دينار[١].

(الخامسه): فی احمرار الوجه بالجنايه دينار ونصف، وفی اخضراره ثلاثه دنانير[٢]، وكذا فی الاسوداد عند قوم. وعند الآخرين سته دنانير، وهو أولی، لروايه إسحاق بن عمّار، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، ولما فيه من زياده النكايه. قال جماعه: وديه هذه الثلاث فی البدن، علی النصف.

الشَرح:

ديه ما إذا نفذت نافذه

[١] القائل هو الشيخ قدس سره وجماعه من أصحابنا فإنّهم ذهبوا إلی الجرح النافذ فی شیء من أطراف الرجل بحيث لا يدخل فی عنوان الجائفه ديته مئه دينار لما ورد فی معتبره ظريف المروی فی الكافی والفقيه والتهذيب: وأفتی [يعنی علياً علیه السلام] فی النافذه إذا انفذت من رمح أو خنجر فی شیء من البدن فی أطرافه فديتها عشر ديه الرجل مئه دينار(١). نعم يرفع اليد عن إطلاقها فی عضو ورد فی ديه نافذته كالأنف والوجه تعيين الديه بغيرها ويؤخذ بها فی غير ذلك، وتعبير الماتن فی التقدير ب (قيل) المشعر بالتضعيف والتردّد منه بلا موجب.

إلّا أن يقال إنّ العموم المزبور لا يمكن الأخذ به كما إذا كان الجرح النافذ فی اليد فضلًا عن الأصابع والأنامل.

أقول: إذا لم يمكن الأخذ بالعموم والإطلاق فی خطاب يقتصر فيه علی القدر اليقين وهی الجرح الذی لو كانت جائفه كانت ديتها ثلث ديه الرجل.

ديه احمرار الوجه واخضراره واسوداده

[٢] وفی صحيحه إسحاق بن عمّار أو موثّقته، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قضی أمير المؤمنين علیه السلام فی اللطمه يسودّ أثرها فی الوجه أنّ أرشها ستّه دنانير فإن لم تسودّ

١- (١) الكافی ٧: ٣٢٧، الحديث ۵. الفقيه ۴: ٩٢، ذيل الحديث ۵١۵٠ - التهذيب ١٠: ٢٩٢، الحديث ١٣.

....

الشَرح:

واخضرّت فإنّ أرشها ثلاثه دنانير فإن احمرّت ولم تخضارّ فإنّ أرشها دينار ونصف(۱).

وأمّا القول بأنّ فی فرض الاسوداء الدیه ثلاثه دنانیر فلا نعرف له وجهاً إلّا المحکی(۲) عن السیدین مدّعیین علیه الإجماع، ولکنّ الإجماع غیر متحقّق قطعاً حیث إنّ المحکی عن الأکثر أنّها ستّه دنانیر، وتدلّ علیه روایه إسحاق بن عمار المتقدّمه.

هذا کلّه إذا کان فی الوجه.

وأمّا إذا کان فی سائر الجسد فمقتضی روایه إسحاق علی ما فی الفقیه(۳)، نصف ذلک حیث ورد فی ذیلها: «وفی البدن نصف ذلک» ویؤخذ بتلک الزیاده؛ لأنّ روایه الکافی أو التهذیب لا ینافیها.

ثمّ إنّ ظاهر جمله من الأصحاب عدم اختصاص الحکم بالضرب، بل إذا حصل الاسوداد أو الاخضرار أو الاحمرار بأیّ جنایه تکون الدیه کما ذکر، وما ورد فی الموثّقه وإن کان عنوان اللطمه الظاهره فیالضرب بالید إلّا أنّ الظاهر أنّ الضرب بغیرها بسوط أو خشب ونحوه أیضاً إذا أوجب الاحمرار أو الاسوداد أو الاخضرار تکون دیتها کذلک، وأمّا التعدّی إلی مطلق الجنایه ففیه تأمّل وإن قیل بذلک بدعوی الإجماع علیه.

ومقتضی الإطلاق فی الموثّقه ثبوت الدیه بما ورد فیها من غیر فرق بین الرجل والمرأه وما ورد فی الروایات من تساوی المرأه والرجل فی دیه الجراحات إلی أن تبلغ الثلث وإذا بلغ الثلث ضعف دیه الرجل وإن کان لا یعمّ المقام لفرض الکلام فی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۴ ، الباب ۴ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) حکاه المحقق فی جواهر الکلام ۴۳ : ۳۴۷ ، غنیه النزوع: ۴۲۰ ، الانتصار: ۵۴۹ ، المسأله ۳۰۹.

۳- (۳) من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۵۸ ، الحدیث ۵۳۵۹.

(السادسه): كلّ عضو ديته مقدّره، ففى شلله ثلثا ديته، كاليدين والرجلين والأصابع. وفى قطعه بعد شلله، ثلث ديته[۱].

الشَرح:

اللطمه، إلاّـ أنّ ما دلّ أيضاً من أنّ ديه المرأه نصف ديه الرجل ظاهره ديه النفس والأعضاء لا هذا النوع من الضرب فلا يبعد الأخذ بإطلاق الموثّقه.

بل يقتضى تساويهما فى الديه ما ورد فى صحيحه أبان بن تغلب: أنّ المرأه تعاقل الرجل إلى ثلث الديه فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف(۱).

ديه شلل العضو وقطعه

[۱] بلا خلاف معروف ويمكن أن يستظهر ذلك من صحيحه الفضيل بن يسار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الذراع إذا ضرب فانكسر منه الزند قال: فقال: إذا يبست منه الكفّ فشلّت أصابع الكفّ كلّها فإنّ فيها ثلثى الديه ديه اليد، قال: وإن شلّت بعض الأصابع وبقى بعض فإنّ فى كلّ إصبع شلّت ثلثى ديتها، قال: وكذلك الحكم فى الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(۲). فإنّ قوله عليه السلام : «وكذلك الحكم فى الساق والقدم» ظاهره أنّ ما ذكر من ثلثى ديه العضو حكم الشلل.

لاـ يقال: هذه الصحيحه يعارضها ما دلّ على أنّ فى شلل الإصبع تمام ديتها وكذلك فى شلل اليدين تمام ديه اليدين وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الإصبع عشر الديه إذا قطعت وشلّت. الحديث(۳).

وفى موثقه زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الإصبع عشر من الإبل إذا قطعت من أصلها أو شلّت(۴).

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۵۲ ، الباب ۴۴ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۷ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۵.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۶ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۴۸ ، الباب ۳۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۸.

..... .

الشَرح:

وفی معتبره ظریف من کتـاب الـدیات: والشـلل فی الیـدین کلتاهما ألف دینار، وشـلل الرجلین ألف دینار(۱). مع أنّ یونس قد عرض کتاب الدیات علی أبی الحسن الرضا علیه السلام .

فـإنّه یقال: إنّ ما ذکر من الروایات وإن تعـدّ من المعارض لصـحیحه الفضـیل بن یسار إلّا أنّه لابـدّ من الأخـذ بالصـحیحه وطرح تلـک الروایات فی مقام المعارضه لکون تلک الروایات موافقه للعامّه، وعرض یونس کتاب الـدیات علی أبی الحسن الرضا علیه السـلام لاـ ینـافی ذلـک فـإنّ تصـدیقه علیه السـلام بـأنّ مـا فیه عن علی علیه السـلام غیر کون مـا فیه الأحکـام الواقعیه، فإنّ أمیر المؤمنین علیه السلام حتّی فی زمان خلافته کان مبتلی بالتقیّه فیمکن أن یکون بعض ما فیه من جهه رعایتها.

ویؤیّد کون شـلل العضو ثلثی دیه ذلک العضو ما ورد فی دیه العضو المشلول من أنّ دیته ثلث دیه العضو، وفی روایه الحکم بن عتیبه، عن أبی جعفر علیه السلام کلّ ما کان من شلل فهو علی الثلث من دیه الصحاح(۲). وفی صحیحه برید بن معاویه، عن أبی جعفر علیه السلام قال: فی لسان الأخرس وعین االأعمی وذکر الخصی وأُنثیه ثلث الدیه(۳).

والحاصل کون دیه الشـلل ثلثی دیه العضو مع کون دیه العضو المشـلول ثلثاً وإن لا ینافی مع قیام الدلیل علی الخلاف فی مورد، إلّا أنّ مع عدم القیام مقتضی کون دیه المشلول ثلث دیه ذلک العضو مقتضاه أن یکون دیه الشلل ثلثی دیه ذلک العضو.

نعم، یرفع الیـد عمّـا ذکر من أنّ دیه العضو المشـلول ثلث دیه ذلک العضو فی قطع ذکر العنین، فإنّ العنین ذکره وإن کان داخلاً فی العضو المشـلول إلّا أنّ دیته فی معتبره السـکونی، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام الـدیه الکامله فإنّه روی عن أبی عبـداللّه علیه السلام

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۸۳ - ۲۸۴ ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴۵ ، الباب ۳۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۶ ، الباب ۳۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

(السابعه): دیه الشجاج فی الرأس والوجه سواء، ومثلها فی البدن بنسبه العضو الذی یتّفق فیه من دیه الرأس[۱].

الشَرح:

قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام : فی ذکر الصبی الدیه، وفی ذکر العنین الدیه(۱). والمشهور وإن ذکروا أنّ دیه قطعه کسائر العضو المشلول ثلث الدیه إلّا أنّه لا موجب لرفع الید عن المعتبره والالتزام بخروج ذلک عن الإطلاق والعموم وقد حکی(۲) عن الصدوق والإسکافی الالتزام بذلک فی ذکر العنین مع التزامهم فی ذکر الخصی بالثلث.

ویؤید الحکم فی العنین صحیحه إبراهیم بن عمر، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حیّ بستّ دیات(۳). فإنّ انقطاع الجماع عباره أُخری عن صیرورته عنیناً، ولکن ذکر ذهاب الفرج فی مقابله کما هو مقتضی الحکم بستّ دیات لا یناسب ذلک إلّا أن یقال ذهاب الفرج بمعنی ذهاب الحشفه، فتدبر.

بقی حکم من سلّت خصیتاه فإنّه إن أدّی إلی شلل الذکر ففی قطع ذکره دیه الخصیّ وإن لم یؤدِ إلی ذلک ففی قطعه الدیه الکامله.

دیه الشجاج فی الرأس والوجه سواء

[۱] أقول: ما ذکر الماتن قدس سره فی المقام أمران:

أحدهما: استواء دیه الشجاج فی الرأس مع دیات الشجاج فی الوجه، وبتعبیر آخر ما ذکر فی دیات الجراحات فی الرأس بعینها الدیات فی مثل تلک الجراحات فی الوجه.

الثانی: أنّ الجراحات التی ذکرت دیتها فی الرأس فإن وقعت مثل تلک الجراحات فی سائر أعضاء البدن تتعیّن دیه تلک الجراحات بملاحظه النسبه

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۳۹، الباب ۳۵ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) حکاه العلّامه فی مختلف الشیعه ۹ : ۴۲۷، المقنع: ۵۲۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۶۵، الباب ۶ من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

الملحوظه بين ديه الجراحه الواقعه على الرأس وبين ديه الرأس أى ديه النفس بالأخذ بتلك النسبه بين الجراحه الواقعه على العضو وبين تمام ديه ذلك العضو، مثلاً قد تقدّم أنّ النسبه فى ديه الحارصه فى الرأس وبين ديه الرأس أى ديه النفس جزء من مئه جزء ديه النفس، فتكون الحارصه الواقعه على اليد جزءاً من مئه جزء من ديه اليد أى خمسمئه درهم المساوى لنصف بعير أو خمسه دنانير، والحارصه الواقعه على أنمله الإصبع جزء من مئه جزء من ديه الإصبع فتكون ديته نصف عشر بعير أو نصف دينار وهكذا.

وقد تقدّم أنّ ديه الجائفه وإن كانت ثلث الديه فى الرأس إلّا أنّ ديتها فى الخدّ لا تكون ثلث الديه؛ لما ورد فى معتبره ظريف، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: فى الخدّ إذا كانت فيه نافذه يرى منها جوف الفم فديتها مئتا دينار، فإن دووى فبرأ والتأم وبه أثر بيّن وشتر فاحش فديته خسمون ديناراً(۱). فإنّ النافذه فى الخدّ الذى عضو خاصّ من الوجه كانت بحيث يرى منه جوف الفم تعدّ جائفه مع أنّ ديتها على تقدير الشين والشتر تصير مئتين وخمسين ديناراً وبلا شين وشتر مئتى دينار فيرفع اليد بذلك عن الإطلاق المتقدّم من تقدير ديه الجائفه بثلث الديه.

وبالجمله، مقتضى ما ورد فى ديه الشجاج تساوى ديه الشجّه الواقعه على الرأس مع الشجّه الواقعه فى الوجه، حيث إنّ الشجّه تعمّ الجرح الوارد على الرأس والوجه ويؤيد ما فى روايه الحسن بن صالح الثورى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن الموضحه فى الرأس كما هى فى الوجه؟ فقال: «الموضحه والشجاج فى الوجه والرأس سواء فى الديه؛ لأنّ الوجه من الرأس، وليست الجراحات فى الجسد كما هى فى الرأس»(۲) ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «إنّ

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۹۵ ، الباب ۶ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۸۵ ، الباب ۵ من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الموضحه فی الوجه والرأس سواء»(۱) کما لا یبعد أن یلتزم بأنّ الموضحه إذا کانت فی الجسد دیتها أربعون دیناراً کما هو ظاهر معتبره ظریف.

وبـالجمله، لاـ ینبغی التأمّـل فی أنّ دیه الموضـحه فی الوجه یساوی دیه الموضـحه للرأس فی کونها خمسه من الإبل أو خمسـین دیناراً لقوله علیه السلام فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «إنّ الموضحه فی الرأس والوجه سواء»(۲) ومقتضـی إطلاقها عدم الفرق بین کونها موضـحه من الخدّ أو غیره من مواضع الوجه، بل لا یبعد أن یجری التسـاوی فی سـائر الجروح الوارده علی الوجه ممّـا ذکر دیته فی الرأس؛ لأنّ الشـجّه الخاصّه إذا کانت دیتها معیّنه تصـدق علی ما فی الوجه أیضاً.

نعم، إنّ مـا ورد فی دیه الجـائفه فی الرأس لا یجری فی الجائفه من الخـدّ لما تقـدّم من أنّ دیتها مئتا دینار إذا برئ من غیر شـین وإلاّـ یزاد علیهـا خمسون دینـاراً، وعلی کـلّ من التقـدیرین تکون دیته أقل من ثلث الـدیه، وذکرنا أیضاً لا فرق بین الرأس ومثل الصدر والبطن فی أنّ دیه الجائفه فی کلّ منها ثلث الدیه.

هـذا بالإضـافه إلی ما ذکر من کون الشـجاج من الرأس والوجه سواء فی الـدیه، وأمّا سائر الأعضاء من البـدن التی لکلّ منها دیه مقـدّره ذکرنا فیما تقدّم، فإن ورد علی تلک الأعضاء مثل ما ذکرناها فی الرأس من الجراحات فالمعروف بین الأصـحاب یلاحظ النسبه بین دیه الشـجه الواقعه علی الرأس وبین دیه الرأس أی دیه النفس فیتعیّن دیه الجراحه الواقعه علی سـائر الأعضـاء بالأـخذ بتلک النسبه من دیه ذلک العضو، فلا یلائم ما ورد فی معتبره ظریف التی ذکرناها فی بیان دیه الأعضاء

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۵ ، الباب ۵ من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث ۲.

۲- (۲) المصدر المتقدم.

(الثامنه): المرأه تساوی الرجل فی دیّات الأعضاء والجراح، حتّی تبلغ ثلث دیه الرجل[۱]، ثمّ تصیر علی النصف، سواء کان الجانی رجلًا أو امرأه. ففی الإِصبع مئه، وفی الاثنتین مئتان، وفی الثلاث ثلاثمئه، وفی الأربع مئتان. وکذا یُقتص مع الرد.

الشَرح:

والجراحات الواقعه علیها فی کلّ مورد فالأحوط التصالح فی مقدار الدیه فی تلک الموارد وإن لا یبعد أن یؤخذ بما فی المعتبره ویؤخذ بالأرش فی غیرها.

المرأه تساوی الرجل فی دیات الأعضاء

[۱] لا خلاف بین الأصحاب فی أنّ کلّ جنایه تردّ علی الرجل فی عضوه من قطع أو کسر عظمه أو ذهاب نفعه فإن کانت دیتها أقلّ من ثلث دیه نفسه تکون دیه تلک الجنایه فی الرجل والمرأه علی حدٍّ سواء.

ویدلّ علی ذلک جمله من الروایات:

منها صحیحه أبان بن تغلب قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ما تقول فی رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأه، کم فیها؟ قال: عشره من الإبل، قلت قطع اثنتین؟ قال عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان اللّه یقطع ثلاثاً فیکون علیه ثلاثون، ویقطع أربعاً فیکون علیه عشرون إنّ هذا کان یبلغنا ونحن بالعراق فنتبرّأ ممّن قاله ونقول: الذی جاء به شیطان فقال: مهلًا یا أبان هکذا حکم رسول اللّه صلی الله علیه و آله إنّ المرأه تعاقل الرجل إلی ثلث الدیه، فإذا بلغت الثلث رجعت إلی النصف، یا أبان إنّک أخذتنی بالقیاس، والسنّه إذا قیست محق الدین. رواها المشایخ الثلاثه(۱) بأسانیدهم.

۱- (۱) الکافی ۷ : ۲۹۹ ، الحدیث ۶ ، من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۱۸ ۱۱۹ ، الحدیث ۵۲۳۹ ، التهذیب ۱۰ : ۱۸۴ ، الحدیث ۱۶.

....

الشَرح:

وموثقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء فقال: «الرجال والنساء فی الديه سواء حتّی تبلغ الثلث فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف ديه الرجل»(١).

وصحيحه الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام فی حديث قال: «جراحات الرجال والنساء: سواء سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتّی تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعفت ديه الرجل على ديه المرأه»(٢).

وهذا فيما إذا لم تبلغ الديه ثلث ديه الرجل ممّا لا كلام فيه، وأمّا إذا بلغ الثلث فهل تكون ديه المرأه على النصف؟ أو أنّ الرجوع إلى النصف فی ما إذا تجاوز ديه الجنايه ثلث ديه الرجل، كما إذا جنی الرجل على المرأه بالجراحه الجائفه التی ديتها الثلث فهل تساوی فی ذلك ديه الرجل والمرأه أو ترجع ديه المرأه إلى نصف ثلث ديه الرجل؟ مقتضی بعض الروايات الوارده فی المقام أنّ الملاك فی رجوع ديه المرأه على النصف بلوغ الديه ثلث ديه الرجل كما هو ظاهر صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام : «جراحات الرجال والنساء سواء حتّی تبلغ الجراحه ثلث الديه وإذا بلغت الثلث ضعف ديه الرجل على ديه المرأه(٣)، ونحوها غيرها.

ومقتضی بعضها أنّ الملاك فی الرجوع إلى النصف تجاوز الديه ثلث ديه الرجل كما هو مقتضی موثّقه سماعه(۴) وغيره فيتعارضان فيما إذا كانت الديه بمقدار الثلث من غير تجاوز فيتساقطان بالمعارضه فيرجع إلى إطلاق ما دلّ على أنّ: «ديه المرأه

ص: ٣٠۴

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٥٢ ، الباب ۴۴ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ١۶٣ ، الباب الأوّل من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.

٣- (٣) المصدر المتقدم.

۴- (۴) تقدمت آنفاً.

....

الشَرح:

نصف دیه الرجل»(۱).

وفی معتبره أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «جراحات النساء علی النصف من جراحات الرجال فی کلّ شیء»(۲)، ویرفع الید عن العموم فیما إذا لم تبلغ الدیه الثلث وقد ذکر الماتن قدس سره أنّ تساوی دیه الجنایه علی المرأه مع دیه الرجل لا یختصّ بما إذا کان الجانی علی المرأه رجلاً بأن قطع الرجل إصبع امرأه، بل لو قطعت امرأه إصبع امرأه أُخری خطأً فالدیه عشره من الإبل لا خمسه، وهذا هو المشهور بین الأصحاب.

ولکن ذکر بعض(۳) اختصاص التساوی بما إذا کان الجانی علی المرأه رجلاً وإلاّ فدیه المرأه نصف دیه الرجل فلا یکون علی المرأه التی قطعت إصبع امرأه اُخری إلاّ خمسه من الإبل، وقد علّل الاختصاص بأنّ المفروض فی الروایات التی وردت فی تساوی دیه الرجل والمرأه إلی بلوغ الثلث کون الجانی علیها رجلاً فالتعدّی منها إلی غیر المفروض یحتاج إلی دلیل.

وفیه: أنّ جمله من الروایات کما ذکر، إلاّ أنّ فیها ما لم یفرض فیه کون الجانی علی المرأه رجلاً کموثقه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «جراحات المرأه والرجل سواء إلی أن تبلغ ثلث الدیه، فإذا جاز ذلک تضاعفت جراحه الرجل علی جراحه المرأه ضعفین»(۴).

وفی موثقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء؟ فقال: «الرجال والنساء فی

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۵ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۴ ، الباب ۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲.

۳- (۳) وهو المحقق الأردبیلی فی مجمع الفائده والبرهان ۱۴ : ۴۷۱ ۴۷۲.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸۳ ، الباب ۳ من أبواب دیات الشجاج، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

الدیه سواء حتّی تبلغ الثلث، فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف دیه الرجل»(۱).

ثمّ إنّه إذا جنت المرأه علی الرجل بما یوجب القصاص وأراد الرجل أو أولیاؤه الاقتصاص من المرأه اقتصر علی القصاص ولا یطالب منها شیء، کما تقدّم الکلام فی ذلک فی کتاب القصاص، وقلنا: إنّ الجانی لا یضمن أزید من نفسه کما یدلّ علی ذلک صحیحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: فی رجل قتل امرأه متعمّداً، قال: إن شاء أهلها أن یقتلوه قتلوه، ویؤدّوا إلی أهله نصف الدیه، وإن شاؤوا أخذوا نصف الدیه خمسه آلاف درهم. وقال فی امرأه قتلت زوجها متعمّده قال: إن شاء أهله أن یقتلوها قتلوها ولیس یجنی أحد أکثر من جنایته علی نفسه(۲). وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: فی الرجل یقتل المرأه متعمّداً فأراد أهل المرأه أن یقتلوه، قال: ذاک لهم إذا أدّوا إلی أهله نصف الدیه، وإن قبلوا الدیه فلهم نصف دیه الرجل، وإن قتلت المرأه الرجل، قتلت به لیس لهم إلاّ نفسها. وفی ذیلها: جراحات الرجال والنساء سواء: سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتّی تبلغ الجراحه ثلث الدیه، فإذا بلغت ثلث الدیه ضعفت دیه الرجل علی دیه المرأه(۳).

وعلی ذلک فإن جنت المرأه علی الرجل بقطع إحدی یدیه، فإن أراد المجنی علیه القصاص یقطع إحدی یدیها من غیر مطالبه نصف دیه الید؛ لأنّ الجانی لا یجنی أکثر من نفسه، وأمّا إذا قطع الرجل إحدی یدی المرأه فإن أرادت المرأه القصاص من الرجل لابدّ من أن تعطیه نصف دیه یده أو تأخذ نصف دیه ید الرجل أی مئتین وخمسین دیناراً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۵۲ ، الباب ۴۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۸۰ ، الباب ۳۳ ، من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

۳- (۳) الکافی ۷ : ۲۹۸ ۲۹۹ ، الحدیث ۲.

(التاسعه): كلّ ما فيه ديه الرجل من الأعضاء والجراح، فيه من المرأه ديتها[١]. وكذا من الذمى ديته، ومن العبد قيمته. وما فيه مقدَّر من الحرّ، فهو بنسبته من ديه المرأه والذمّى وقيمه العبد.

(العاشره): كلّ موضع قلنا: فيه الأرش والحكومه، فهما واحد، والمعنى أنّه يُقوَّم صحيحاً لو كان مملوكاً، ويُقوَّم مع الجنايه، ويُنسب إلى القيمه، ويؤخذ من الديه بحسابه. وإن كان المجنى عليه مملوكاً، أخذ مولاه قدر النقصان[٢].

الشَرح:

ديه المرأه من الأعضاء والجراح والذمّى والعبد

[١] ذكر قدس سره فى هذه المسأله أنّ كلّ جنايه على الرجل الحرّ المسلم فيها ديه الرجل كقطع يديه ورجليه أو أُذنيه أو إذهاب سمعه وبصره وبعض الجرح، ففى تلك الجنايه إذا وقعت على المرأه ديه المرأه فيكون فى قطع يدى المرأه خمسمئه دينار نصف ديه الرجل، وإذا وقعت تلك الجنايه على العبد يكون تمام قيمتها ومن الذمّى ديته ومن الذمّيه نصف ديه الذمّى.

وأمّا إذا كانت الجنايه على الرجل الحرّ بحيث تكون ديتها مقدّره فيلاحظ نسبه تلك الديه إلى ديه النفس فيؤخذ بتلك النسبه من ديه المرأه أو الذمى أو قيمه العبد.

نعم، يلاحظ تساوى ديه الرجل والمرأه إلى ثلث ديه الرجل وملاحظه النسبه بعد بلوغ الديه فى الرجل الثلث.

الأرش والحكومه

[٢] كلّما يطلق فى كلمات الأصحاب فى الجنايه المفروضه الأرش أو الحكومه، فالمراد واحد وهو أنّه لو كان المجنى عليه حرّاً ولم تكن فى الجنايه الواقعه عليه تقدير ديه، يفرض أنّ الحر عبد ولم يكن فيه الجنايه المفروضه، ويلاحظ أنّ قيمته أى مقدار، ويقوّم أيضاً قيمته لو كان عبداً مع الجنايه أى مقدار، ويعيّن نسبه نقص قيمته بالجنايه ويعيّن ديتها بتلك النسبه من ديه النفس.

....

الشَرح:

وأمّا إذا كان المجنى عليه عبداً يأخذ مولاه بتفاوت ما بين قيمته صحيحاً وقيمته مع تلك الجنايه، ولكن هذه الطريقه لا تنفع فيما إذا كانت الجنايه بحيث لا توجب تفاوتاً فى القيمه، كما إذا قطع شيئاً زائداً فى شىء من أعضائه أو بدنه.

ودعوى أنّ هذا القطع يؤثر أيضاً فى القيمه ولو عند وقوعها: لأنّها فى معرض السرايه كما ترى فإنّ استقرار ضمان الجنايه إمّا بالبرء أى عدم السرايه أو بالسرايه، وإذا فرض عدم السرايه كيف يحسب له أرشاً؟ وقد ورد فى الروايات تعيين الديه فى بعض الجنايه التى لا يتفاوت بها قيمه العبد حيث لا يحسب عيباً، كما ورد ذلك فى أرش اللطمه فإنّ اللطمه مع زوالها بزمان قليل جداً لا يوجب تفاوتاً فى قيمه العبد، وقد ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: إنّ عندنا الجامعه، قلت: وما الجامعه؟ قال: صحيفه فيها كلّ حلال وحرام، وكلّ شىء يحتاج إليه الناس حتّى الأرش فى الخدش، وضرب بيده إلىّ فقال: تأذن يا أبا محمد؟ قلت: جعلت فداك إنّما أنا لك فاصنع ما شئت، فغمزنى بيده وقال: حتّى أرش هذا(1). وبالجمله الأرش فى هذه الموارد الديه مع أنّ الجنايه الواقعه لا توجب تفاوتاً فى قيمه العبد.

لا يقال: إنّ هذه الصحيحه لا يمكن الأخذ بظاهرها فإنّ مقتضاها أنّه لا مورد للأرش والحكومه فى موارد الجنايات، سواء كانت بحيث يختلف بها قيمه العبد أم لم تختلف، فإنّ فى كلّ جنايه ديه معيّنه حتّى أرش الخدش كما هو ظاهرها فلا يبقى مع ذلك مورد لمدلول صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : ديه اليد إذا قطعت خمسون من الإبل فما كان جروحاً دون الاصطلام فيحكم به ذوا عدل منكم «ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأُولئك هم الكافرون»(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 356 ، الباب 48 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 302، الباب 11 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2، والآيه 44 من سوره المائده.

(الحادیه عشره): من لا ولی له فالإِمام علیه السلام ولی دمه یقتصّ إن قتل عمداً. وهل له العفو؟ الأصح: لا. وكذا لو قتل خطأً فله استیفاء الدیه، ولیس له العفو[۱].

الشَرح:

وبالجمله، لا یبقی مع الأخذ بصحیحه أبی بصیر مورد للحكومه والأرش مع أنّ المشهور عند الأصحاب أنّ فی مورد الجنایه إن كانت الجنایه موجبه لنقص القیمه لو كان المجنی علیه عبداً فیؤخذ فی الحرّ بنسبه التفاوت بین القیمتین، وإن لم یوجب تفاوتاً فالأمر بید الحكم فیأخذ من الجانی للمجنی علیه مقداراً من المال بحیث ما یری مصلحه.

فإنّه یقال: لا منافاه بین مدلول صحیحه أبی بصیر وصحیحه عبداللّه بن سنان لأنّ تعیین الأرش فی كلّ أمر یحتاج إلیه الناس یمكن أن یكون بفرض المجنی علیه عبداً، ومع عدم التفاوت یحكم الحاكم بنظر المصلحه فإنّ هذا النحو أیضاً من تعیین من كلّ أمر یحتاج إلیه الناس، ولكن تعیین الأرش والحكومه بالطریق الذی یفرض الحرّ عبداً لم یتمّ علیه دلیل، ومقتضی صحیحه عبداللّه بن سنان الرجوع بحكم ذوی العدل یعنی حكم الحاكم بملاحظه نظر ذوی العدل تعیین مقدارالمال الذیجزاء للجنایه خصوصاً بملاحظه الموارد التی لا یمكن التعیین بفرض الحرّ عبداً كما فی مثل زماننا.

ولكن الإنصاف أنّ المقام لا یخلو عن صعوبه والأحوط التصالح.

الامام ولی من لا ولی له

[۱] وقد تقدّم الكلام فی كتاب الإرث أنّ الإمام علیه السلام ولیّ من لا ولیّ له وإذا لم یكن للمسلم وارث مسلم یكون الإمام أولی بمیراثه.

ویشهد لذلک صحیحه سلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل مسلم قتل، وله أب نصرانی، لمن تكون دیته؟ قال: تؤخذ فتجعل فی بیت مال

....

الشَرح:

المسلمين(۱). فی روایات متعدّده وفیها الصحیح عن أبی عبداللّه علیه السلام : «من مات ولیس له مولی فماله من الأنفال»(۲).

وصحیحه أبی ولّاد الحناط قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل مسلم قتل رجلًا مسلماً عمداً فلم یکن للمقتول أولیاء من المسلمین إلّا أولیاء من أهل الذمه من قرابته، فقال: علی الإمام أن یعرض علی قرابته من أهل بیته الإسلام، فمن أسلم منهم فهو ولیّه یدفع القاتل إلیه فإن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الدیه، فإن لم یسلم أحد کان الإمام ولیّ أمره، فإن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدیه فجعلها فی بیت مال المسلمین؛ لأنّ جنایه المقتول کانت علی الإمام فکذلک تکون دیته لإمام المسلمین، قلت: فإن عفا عنه الإمام، فقال: إنّما هو حقّ جمیع المسلمین وإنّما علی الإمام أن یقتل أو یأخذ الدیه، ولیس له أن یعفو(۳). وما فی عباره الماتن: یقتص إن قتل عمداً. فلیکن المراد جوازالاقتصاص فإنّه علیه السلام مخیّر بین القصاص وأخذ الدیه إن بذل الجانی الدیه کما هو مقتضی ولایته علی المقتول، نعم لیس له العفو عن الجنایه والبحث فی ذلک ینفع بالإضافه إلی الفقیه إذا تصدّی الحکومه فی زمان الغیبه بناءً علی ثبوت الولایه له بالنیابه عن الإمام وإلّا فلا یجوز له إلّا ما تقتضیه الحسبه.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۶ : ۲۵۳ ، الباب ۴ من أبواب ولاء ضمان الجریره، الحدیث ۵.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۶ : ۲۴۷ ، الباب ۳ من أبواب ولاء الضمان الجریره، الحدیث ۳.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۱۲۴ ، الباب ۶۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

النظر الرابع

ص :٣١١

سفید

النَّظرُ الرابع

اشاره

فی اللواحق وهی أربعه:

(الأُولی): فی الجنین ودیه الجنین المسلم الحرّ مئه دینار، إذا تمّ ولم تلجه الروح[١]، ذکراً کان أو أُنثی.

الشَّرح:

النَّظرُ الرابع:

فی اللواحق

دیه الجنین قبل ولوج الروح

[١] هذا ما علیه المشهور بل ادّعی علیه الإجماع، ویدلّ علیه من الروایات معتبره ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: جعل دیه الجنین مئه دینار، وجعل منی الرجل إلی أن یکون جنیناً خمسه أجزاء، فإذا کان جنیناً قبل أن تلجه الروح مئه دینار، وذلک إنّ اللّه عزّوجلّ خلق الإنسان من سلاله وهی النطفه فهذا جزء، ثمّ علقه فهو جزآن ثمّ مضعه فهو ثلاثه أجزاء، ثمّ عظماً فهو أربعه أجزاء، ثمّ یکسا لحماً فحینئذٍ تمّ جنیناً فکملت له خمسه أجزاء مئه دینار، والمئه دینار خمسه أجزاء فجعل للنطفه خمس المئه عشرین دیناراً، وللعلقه خمسی المئه أربعین دیناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس المئه ستّین دیناراً، وللعظم أربعه أخماس المئه ثمانین دیناراً، فإذا کسی اللحم کانت له مئه کامله، فإذا نشأ فیه خلق آخر وهو الروح فهو حینئذٍ نفس بألف دینار کامله إن کان ذکراً، وإن کان أُنثی فخمسمئه دینار، الحدیث(١).

وروایه سلیمان بن صالح، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی النطفه عشرون دیناراً، وفی العلقه أربعون دیناراً، وفی المضعه ستّون دیناراً، وفی العظم ثمانون دیناراً، فإذا

١- (١) وسائل الشیعه ٢٩ : ٣١٢، الباب ١٩ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

كسى اللحم فمئه دينار، ثمّ هى ديته حتّى يستهلّ، فإذا استهلّ فالديه كامله»(۱).

وفى روايه ابن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه الجنين خمسه أجزاء: خمس للنطفه عشرون ديناراً، وللعلقه خمسان أربعون ديناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس ستّون ديناراً، وللعظم أربعه أخماس ثمانون ديناراً، وإذا تمّ الجنين كانت له مئه دينار، فإذا أُنشئ فيه الروح فديته ألف دينار أو عشره آلاف درهم إن كان ذكراً، وإن كان أُنثى فخمسمئه دينار، وإن قتلت المرأه وهى حبلى فلم يدر أذكراً كان ولدها أم أُنثى فديه الولد نصف ديه الذكر ونصف ديه الأُنثى وديتها كامله(۲).

وفى روايه سعيد بن المسيّب قال: سألت على بن الحسين عليهماالسلام عن رجل ضرب امرأه حاملاً برجله فطرحت ما فى بطنها ميّتاً، فقال: إن كان نطفه فإنّ عليه عشرين ديناراً، قلت: وما حدّ النطفه؟ فقال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه أربعين يوماً، وإن طرحته وهو علقه فإنّ عليه أربعين ديناراً، قلت: فما حدّ العلقه قال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه ثمانين يوماً، وإن طرحته وهو مضغه فإنّ عليه ستّين ديناراً، قلت: فما حدّ المضغه قال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه مئه وعشرين يوماً، قال: وان طرحته وهو نسمه مخلّقه له عظم ولحم مزيل الجوارح قد نفخت فيه روح العقل فإنّ عليه ديه كامله. الحديث(۳).

ولكن قد ورد فى بعض الروايات ما ظاهرها أنّ ديه العظم مئه دينار وإن لم يكسه لحم كصحيحه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يضرب المرأه فتطرح النطفه؟ فقال: عليه عشرين ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح العلقه، فقال:

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۳ ، الباب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۹ ، الباب ۲۱ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۶ ، الباب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۸.

....

الشَرح:

عليه أربعون ديناراً، قلت: فيضربها فتطرح المضغه، فقال: عليه ستّون ديناراً فقلت: فيضربها فتطرحه وقد صار له عظم، قال: عليه الديه كامله. الحديث(١).

وصحيحه أبى عبيده، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه شربت دواءً وهى حامل لتطرح ولدها فأُلقت ولدها، قال: إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، قال: وإن كان جنيناً علقه أو مضغه فإنّ عليها أربعين ديناراً أو غرّه تسلّمها إلى أبيه، قلت فهى لا ترث من ولدها من ديته؟ قال: لا لأنّها قتلته(٢).

وهاتان الصحيحتان مطلقتان من حيث ولوج الروح وعدمه فيحمل على صوره الروح لما ذكر عليه السلام فى معتبره ظريف أنّه إذا لم تلج الروح فالديه مئه دينار فيرفع اليد بها عن إطلاق هاتين كما لا يخفى.

وعلى كلّ حال فلا وجه للالتزام بأنّه إذا تمّ الجنين وإن لم تلجه الروح فديته ديه النفس كما حكى(٣) ذلك عن العمانى، وعن الإسكافى إذا أُلقى الجنين ميّتاً من غير أن يتبيّن حياته بعد الجنايه على الأُم كان فيه غرّه عبد أو أمه إذا كانت الأُم حرّه مسلمه وقد قدّر قيمه الغرّه قدر نصف عشر الديه كما فى كشف اللثام(۴).

أقول: قد ورد فى بعض الروايات أنّ على الجانى على الجنين غرّه وصيف عبد أو أمه كما فى صحيحه داود بن فرقد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: جاءت امرأه فاستعدت على أعرابى قد أفزعها فألقت جنيناً فقال الأعرابى: لم يهلّ ولم يصحّ مثله

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣١۴، الباب ١٩ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۴.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣١٨، الباب ٢٠ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

٣- (٣) حكاه العلّامه فى المختلف ٩ : ۴١١.

۴- (۴) كشف اللثام ٢ : ۵١٨ (الطبعه القديمه).

....

الشَرح:

يطلّ فقال النبى صلى الله عليه و آله اسكت سجاعه عليك غرّه وصيف عبد أو أمه(۱).

ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى جنين الهلاليه حيث رميت بالحجر فألقت ما فى بطنها ميّتاً فإنّ عليه غرّه عبد أو أمه(۲).

وصحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ رجلًا جاء إلى النبى صلى الله عليه و آله وقد ضرب امرأه حبلى فأسقطت سقطاً ميّتاً فأتى زوج المرأه إلى النبى فاستعدى عليه فقال الضارب: يا رسول اللّه ما أكل ولا شرب ولا استهلّ ولا صاح ولا استبشّ فقال النبى صلى الله عليه و آله إنّك رجل سجاعه فقضى فيه رقبه(۳).

وروايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إن ضرب الرجل امرأه حبلى فألقت ما فى بطنها ميّتاً فإنّ عليه غرّه عبد أو أمه يدفعه إليها(۴).

وظاهر هذه الروايات أنّ ديه الجنين غرّه بالضم أى عبد أو أمّه سواء كان الجنايه على الجنين قبل ولوج الروح أو بعده، بل يمكن أن يقال بظهور بعضها فى أنّ الديه بالغرّه بعد فرض ولوج الروح كما هو ظاهر تقييد السقط سقطت سقطاً ميّتاً، وكما يظهر ذلك من معتبره السكونى أيضاً فهذه الروايات تكون مخالفه لما تقدّم من أنّ الجنين قبل ولوج الروح ديته مئه دينار وبعده ديه النفس، وحيث إنّ ديه الجنين بعد ولوج الروح لا يكون غرّه إلاّ عند جماعه من العامّه تطرح تلك الروايات بحملها على التقيّه والشيخ قدس سره (۵) قد حمل الجنين فى هذه الروايه على ما لا تتمّ خلقته ولم تلجه

ص: ۳۱۶

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۹ ، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۹ ، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۳.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۹ ، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۴.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۲۰ ، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۵.

۵- (۵) التهذيب ۱۰ : ۲۸۷ ، ذيل الحديث ۱۴.

....

الشَرح:

الروح كالعلقه والمضغه؛ لما ورد في صحيحه أبي عبيده، عن أبي عبداللّه عليه السلام في امرأه شربت دواءً وهي حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها؟ قال إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، قال: وإن كان جنيناً علقه أو مضغه فإنّ عليها أربعين ديناراً أو غرّه تسلّمها إلى أبيه. قلت: فهي لا ترث من ولدها من ديته قال: لا لأنّها قتلته(۱).

وهذه الصحيحه إن أمكن حمل ذيلها بأنّ ديه المضغه والعلقه مخيّره بين أربعين ديناراً أو غرّه إلّا أنّه يعارضها ما رواه أبي عبيده والحلبي عن أبي عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل قتل امرأه خطاءً وهي على رأس ولدها تمخض فقال خمسه آلاف درهم، وعليه ديه الذي في بطنها وصيف أو وصيفه أو أربعون ديناراً(۲).

فإنّ ظاهر فرض أنّ المرأه على رأس ولدها تمخض فرض ولوج الروح للجنين ولا يمكن الالتزام بأنّ ديته أربعون ديناراً.

وكيف ما كان، فالمتعيّن إرجاع هذه الروايات إلى أهلها، وقد ذكرنا أنّ الديه في الجنين على مراحل النطفه والعلقه والمضغه والعظم وكسائه باللحم وشقّ الأُذن والبصر فأيّ مرتبه من ذلك قبل ولوج الروح لها ديه ومئه دينار عشر ديه النفس بعد تمام المراتب قبل ولوج الروح بلا فرق بين كون الجنين ذكراً أو أُنثى.

ولكن المنقول(۳) عن المحقّق الأردبيلي أنّ ديه الجنين الذكر ضعف ديه جنين الأُنثى فديتها خمسون ديناراً واستدلّ على ذلك بمعتبره ظريف لما ورد فيها بعد ذكر

ص: ۳۱۷

۱- (۱) التهذيب ۱۰ : ۲۸۷ ، الحديث ۱۵.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۲۰ ، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۶.

۳- (۳) نقله السيد الخوئي في مباني تكمله المنهاج ۲ : ۴۰۲ ، المسأله ۳۷۹ ، وانظر مجمع الفائده والبرهان ۱۴ : ۳۲۴ ۳۲۷.

ولو كان ذمّياً، فعُشر ديه أبيه[۱].

الشَرح:

ديه الجنين الذكر قبل ولوج الروح وبعده: وقضى فى ديه جراح الجنين من حساب المئه على ما يكون من جراح الذكر والأُنثى(۱). ولكن لا يخفى أنّه عليه السلام علّق قبل ذلك كون الديه بأنّ بعد ولوج الروح على كونه ذكراً وكون الديه خمسمئه على ما إذا كان أُنثى.

وعلى كلّ تقدير، لم يذكر الاختلاف بين الذكرو الأُنثى فى ديه الجنين قبل ولوج الروح، وعلى ذلك تكون ديه جراح الجنين من حساب المئه قبل ولوج الروح.

وبتعبير آخر، إذا كان إسقاط الجنين قبل ولوجه فالديه عشر ديه النفس يعنى مئه دينار بلا فرق بين الذكر والأُنثى. هذا كلّه فى ديه الجنين المسلم قبل ولوج الروح.

ديه الجنين الذمّى

[۱] ولو كان الجنين قبل ولوج الروح ذمّياً حكماً فقد ذكر الماتن أنّ ديته عشر ديه أبيه فتكون ديته ثمانين درهماً، كما أنّ المنسوب إلى المشهور ذلك فإنّها المناسب لديه الجنين المسلم قبل ولوج الروح، وفى الجواهر: بلا خلاف أجده(۲). ولكن فى معتبره السكونى أنّ ديته عشر ديه أُمّه، فيكون ديه الجنين الذمى حكماً أربعين درهماً بلا خلاف بين الذكر والأُنثى، وقد روى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام أنّه قضى فى جنين اليهوديّه والنصرانيّه والمجوسيّه عشر ديه أُمّه(۳).

ويؤيدها روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى جنين اليهوديّه والنصرانيّه والمجوسيّه عشر ديه أُمّه(۴). والتعبير بالتأييد؛ لأنّ فى

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۲ ۳۱۳ ، الباب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) جواهر الكلام ۴۳ : ۳۶۱.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۵ ، الباب ۱۸ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۲۵ ، الباب ۱۸ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفی روایه السکونی، عن أبی جعفر، عن علی علیهماالسلام ، عُشْر دیه أَمّه، والعمل علی الأوّل. أمّا المملوک، فعشر قیمه أَمّه المملوکه[۱].

الشَرح:

سندها محمّد بن الحسن بن شمون عن الأصم وهما ضعیفان، وحیث لم یقم علی خلاف معتبره السکونی المؤیده بروایه مسمع شیء یمکن الاعتماد علیه یتعیّن الأخذ بها.

وما قیل من أنّها معرض عنها عند الأصحاب ومخالفه لما ورد فی الجنین المسلم حیث إنّ المناسب لما ورد فیه عشر قیمه الأب.

فلا یمکن المساعده علیه فإنّه یظهر من کلام المجلسی أنّها معمول بها عند بعض وما ورد فی الجنین المسلم لا یقتضی أن یکون الجنین الذمی حکماً مثله فإنّه شرف الإسلام لعلّه أوجب أن یکون حساب الجنین المسلم إلی الأب بخلاف الجنین المحکوم بالذمی.

دیه الجنین المملوک

[۱] ولو کان الجنین مملوکاً فأُسقط قبل ولوج الروح فدیته عشر قیمه أُمّه المملوکه سواء کان الجنین ذکراً أو أُنثی کما علیه المشهور.

ویستدلّ علی ذلک بما عبّر عنه فی الجواهر(۱) لقوی السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی جنین الأمه عشر ثمنها»(۲) ومقتضی إطلاقها عدم الفرق بین کون الجنین ذکراً أو أُنثی، ولکن روی عن السکونی الشیخ قدس سره فی التهذیب بسنده إلیه، وفی سنده ضعف؛ لأنّه یروی عن ابن أبی الجید(۳)، وربّما یدّعی أنّ العمل من المشهور جابر لضعفها، ولا یبعد ذلک ولکنّه غیر محرز والأحوط التصالح.

ص: ۳۱۹

۱- (۱) جواهر الکلام ۴۳: ۳۶۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۲۳ ، الباب ۲۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

۳- (۳) الفهرست (للشیخ الطوسی): ۵۰ ۵۱ ، إسماعیل بن أبی زیاد السکونی.

ولو كان الحمل زائداً عن واحد، فلكلّ واحد ديه[۱].

ولا كفاره على الجانى[۲].

ولو ولجت فيه الروح، فديه كامله للذكر، ونصف للأُنثى[۳]. ولا تجب إلاّ مع تيقّن الحياه، ولا اعتبار بالسكون بعد الحركه، لاحتمال كونها عن ريح. وتجب الكفّاره هنا مع مباشره الجنايه.

الشَرح:

ولو قيل بأنّه مع عدم التصالح يرجع إلى الحكومه فله وجه.

هذا فيما كان جنين الأمه مملوكه كما هو منصرف الروايه؛ لأنّ الجنين غير المملوك لا يقوّم بالقيمه، بل الإطلاق فى ديه الجنين بأنّها قبل ولوج الروح مئه دينار وبعده ديه الذكر الحر لو كان ذكراً، وإن كان أُنثى فديتها نصف الديه يعمّ هذا الجنين الذى لا يكون مملوكاً، ولو كان الجنين مملوكاً بعد ولوج الروح فتكون ديته قيمته.

[۱] فإنّ ما ورد فى معتبره ظريف وغيرها أو ما ورد فى الجنين كذا ظاهره مفاد قضيّه حقيقيّه وبيان حكم انحلالى من غير تأمّل، والتداخل مع تعدّد الجنين يحتاج إلى قيام دليل.

وبالجمله، تعدّد الجنين يوجب ترتّب الحكم على كلّ بلا فرق فى ذلك بين المسلم والذمى والمملوك.

[۲] وذلك فإنّ الكفاره المترتّبه موضعها القتل ولا يصدق القتل قبل ولوج الروح كما هو المفروض.

ديه الجنين بعد ولوج الروح

[۳] فإنّه بعد ولوج الروح يصدق عنوان القتل على ما تقدّم ويفترق بعد ولوجه الذكر عن الأُنثى بأنّ ديه الذكر ضعف الأُنثى.

نعم، لابد فى ترتّب الديه كذلك من إحراز أنّه كان الجنين حيّاً فى بطن أُمّه قبل

ولـو لم تتمّ خلقته، ففی دیته قولاـن: أحـدهما غُرَّه، ذَکَره فی المبسـوط[۱]، وفی موضع آخر من الخلاـف، وفی کتـابی الأخبـار، والآخر وهو الأشهر، توزیع الدیه علی مراتب النقل، ففیه: عظماً ثمانون، ومضغه ستون، وعلقه أربعون.

الشَرح:

الجنایه حتّی یحرز عنوان قتل النفس وتجب فی الفرض یعنی مع إحراز القتل الکفّاره عمـداً کان أو خطأً، ولکن إنّما تجب الـدیه فی المقـام کسائر المقامـات بشـرط أن تکون الجنایه بالمباشـره لا بالتسبیب کما علیه المشـهور، فإنّه فی موارد التسبیب لا یکون إسـناد القتل حقیقیاً، وإنّما قام الدلیل علی الضمان فیها، وأمّا الموضوع لوجوب الکفّاره هو القاتل ولا یصدق هذا العنوان فی غیر موارد المباشره.

ثمّ إنّه قـد یقـال إنّ فی الجنین ولو کـان بعـد ولوج الروح لاـ یکون علی مسـقطه کفّـاره، فـإنّ الموضوع لها قتل المؤمن والرجل وشیء من العنوانین لا یصدق علی الجنین ولا علی الصبی غیر الممیّز.

نعم، الإجماع فی قتل الصبی غیر الممیّز علی لزوم الکفّاره تام بخلاف الجنین.

أقول: فیمـا رواه الصـدوق باسـناده عن طلحه بن زیـد، عن جعفر بن محمّـد، عن أبیه فی امرأه حبلی شـربت دواءً فأسـقطت، قال: تکفّر عنه(۱). ویرفع الید عن إطلاقهاأو یحمل علی الاستحباب، ورفع الید عن إطلاقها مشکل فالمتعیّن الحمل علی الاستحباب.

[۱] قـد تقـدّم الکلاـم فی ذلـک فلا نعیـده ولا ینبغی التأمّل بانقضاء العـدّه بإسـقاط الجنین ولو قبل ولوج الروح بل فیما إذا کان مضغه أو علقه.

وفی صـحیحه عبد الرحمن الحجّاج، عن أبی الحسن علیه السـلام قال: سألته عن الحبلی إذا طلّقها زوجها فوضعت سقطاً تمّ أو لم یتمّ أو وضعته مضغه؟ فقال: «کلّ شیء یستبین أنّه حمل تمّ أو لم یتمّ فقد انقضت عدّتها وإن کان مضغه»(۲).

۱- (۱) من لا یحضره الفقیه ۳ : ۳۷۳ ، الحدیث ۴۳۰۹.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۲ : ۱۹۷ ، الباب ۱۱ من أبواب العدد، الحدیث الأوّل.

ویتعلّق بکلّ واحده من هذه أَمور ثلاثه: وجوب الدیه، وانقضاء العدّه، وصیروره الأمه أَمّ ولد. ولو قیل: ما الفائده، وهی تخرج بموت الولد عن حکم المستولده؟ قلنا: الفائده هی التسلّط علی إبطال التصرّفات السابقه، التی یمنع منها الاستیلاد.

أمّا النطفه: فلا یتعلّق بها إلاّ الدیه، وهی عشرون دیناراً بعد إلقائها فی الرحم. وقال فی النهایه: تصیر بذلک فی حکم المستولده[۱]، وهو بعید.

الشَرح:

وإذا ألقت المرأه النطفه فإن کان الإلقاء بعد وضعها فی الرحم من غیر أن یحصل فیها تغییر فلا ینبغی التأمّل فی تعلّق الدیه بها؛ لما یأتی فی صحیحه محمّد بن مسلم وغیرها ولا ینقضی بإلقائها کذلک خروج العدّه، فإنّه لا یصدق علیه وضع حملها المستبین ولا إلقاؤه، وما عن الشیخ فی النهایه(۱) بأنّها تصیر بإلقاء النطفه فی حکم المستولده فإن أراد النطفه التی ذکرنا فلا یمکن المساعده علیه.

دیه النطفه

[۱] قد تقدّم أنّ الالتزام بأنّ دیه الجنین فی أی مرتبه غرّه علی ما تقدّم لا یمکن، بل دیته إذا تمّ الجنین ولم تلجه الروح مئه دینار وقبل أن یکسو العظم باللحم ثمانون، وقبل أن یصیر العظم ستّون، وقبل أن تصیر مضغه أی بصیرورته علقه أربعون، وقبلها عشرون کما استظهرنا ذلک من معتبره ظریف وغیرها کصحیحه محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یضرب المرأه فتطرح النطفه؟ فقال: علیه عشرون دیناراً، فقلت: یضربها فتطرح العلقه، فقال: علیه أربعون دیناراً، قلت: فیضربها فتطرح المضغه، فقال علیه ستّون دیناراً، فقلت: یضربها فتطرحه وقد صار له عظم، فقال: علیه الدیه کامله(۲). حیث قیّدنا ذلک بمعتبره ظریف بما إذا ولج فیه الروح، وقد ذکر

۱- (۱) النهایه: ۵۴۶.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۱۴، الباب ۱۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۴.

..... .

الشَرح:

الشيخ فى النهايه وفيما بيّن كلّ مرتبه بحساب ذلك(۱). وظاهر هـذا الكلام أنّه إذا تجاوز الحمل مرتبه ولم يبلغ مرتبه أُخرى بأن كان ما بين المرتبتين يحسب ديته بحساب ذلك.

وقـد فسّر هذا الكلام الذى ذكر فى النهايه ابن إدريس(۲) بأنّ النطفه تمكث فى الرحم عشرين يوماً ثمّ تصير علقه فى عشرين يوماً أُخرى فابتـداء تحوّلها إلى العلقه من اليوم الحادى والعشرين، وكـذا ما بين العلقه والمضغه، وكـذا بين العظم والكمال فإذا مكثت اثنين وعشرين كان فيها اثنان وعشرون وإذا مكثت عشره أيّام بعد عشرين كان فيها ثمانون وعلى هذا القياس فيكون لكلّ يوم دينار، ومقتضى ما ذكر أنّ الفصل بين المراتب فى التنقّل عشرون يوماً، وأنّ تقسيط الـديه بين المراتب يكون بإضافه دينار على يوم سابقه.

ولكنّ الماتن قـدس سره أورد على السرائر بما ذكر أوّلاً من تعيين المراتب التى أُشير إليها فى كلام الشيخ فى النهايه: فيما بين كـلّ مرتبه بحسب ذلك، إلى الخمس التى ذكره من عشرين يوماً للنطفه وعشرين يوماً للعلقه بمعنى أنّ النطفه بعـد أربعين يوماً تصير ديتها أربعين ديناراً وأورد أيضاً بأنّه لا دليل على تقسيط الـديه ما بين كلّ مرتبه يكون على ما ذكره من زياده الدينار على عشرين ديناراً ديه النطفه.

ثمّ على تقدير المعارضه بين الأخبار فى تحديد المراتب يؤخذ بما فى روايه سعيد بن المسيب، وصحيحه محمد بن مسلم، وأبى جرير القمى لموافقتها للكتاب من أنّ المخلقه وغير المخلقه وصفان للمضغه التى حدّدت بأنّها تستقرّ فى الرحم مئه وعشرين يوماً أى تمام مدّه الجنين قبل ولوج الروح.

۱- (۱) النهايه: ۷۷۸.

۲- (۲) السرائر ۳ : ۴۱۶.

....

الشَرح:

وكيف كان، فما هو المنسوب إلى ابن ادريس من تحديد المراتب بعشرين يوماً وأنّ تفسيره: ما بين كلّ مرتبه بحساب ذلك، بأنّه يزيد الديه على العشرين كلّ يوم بدينار لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ الوارد فى بعض الروايات ما ظاهره أنّ المراتب فى تنقّل الجنين العلقه والمضغه وكلّ منهما فى أربعين يوماً كما أنّ النطفه مدّتها أربعون يوماً إلى أن يصير علقه.

وقد نقل فى الكافى فى باب بدء خلق الإنسان وتقلّبه فى بطن أُمّه الباب الأوّل من كتاب العقيقه فى الجزء السادس بعض النصوص كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام أنّ اللّه إذا أراد أن يخلق النطفه، إلى أن قال: فتفتح الرحم بابها فتصل النطفه إلى الرحم فتردّد فيه أربعين يوماً ثمّ تصير علقه أربعين يوماً ثمّ تصير مضغه أربعين يوماً ثمّ تصير لحماً تجرى فيه عروق مشتبكه. الحديث(۱).

وصحيحته الأُخرى قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا وقعت النطفه فى الرحم استقرّت فيها أربعين يوماً، وتكون علقه أربعين يوماً، وتكون مضغه أربعين يوماً، ثمّ يبعث اللّه ملكين خلاقين. الحديث(۲).

وما روى الحسن بن على بن فضال، عن الحسن بن الجهم، عن الرضا عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام : إنّ النطفه تكون فى الرحم أربعين يوماً، ثمّ تصير علقه أربعين يوماً، ثمّ تصير مضغه أربعين يوماً، فإذا كمل أربعه أشهر بعث اللّه ملكين خلاقين الحديث(۳).

وهذه الروايات وبعض ما تقدّم وإن تخالفها صحيحه البزنطى عن الرضا عليه السلام قال: سألته أن يدعو اللّه عزّوجلّ لامرأه من أهلنا بها حمل؟ فقال أبو جعفر عليه السلام :

۱- (۱) الكافى ۶ : ۱۳ ۱۴ ، الحديث ۴.

۲- (۲) الكافى ۶ : ۱۶ ، الحديث ۷.

۳- (۳) الكافى ۶ : ۱۳ ، الحديث ۳.

....

الشَرح:

الـدعاء مـا لـم تمض أربعه أشـهر، فقلت له: إنّمـا لهـا أقـلّ من ذلـك فـدعا لهـا، ثمّ قـال: إنّ النطفه تكون فی الرحم ثلاثين يوماً، وتكون علقه ثلاـثين يومـاً، وتكون مضـغه ثلاـثين يوماً، وتكون مخلّقه وغير مخلقه ثلاثين يوماً، الحـديث(١) فإنّ هذه الصـحيحه مخالفه لجميع الروايات التی ورد فيها تحديـد النطفه والعلقه والمضـغه تطرح، بل مخالفه لظاهر الكتاب المجيد من كون المخلّقه وغير المخلّقه وصفان للمضغه فإنّ المضغه إذا تمّ فيه الجنين فمخلّقه وإذا لم يتمّ فهی غير مخلّقه.

كمـا هو ظـاهر الكتـاب العزيز «يـا أيّهـا الناس ان كنتم فی ريب من البعث فانا خلقناكم من تراب ثمّ من نطفه ثمّ من علقه ثمّ من مضغه مخلّقه وغير مخلّقه»الآيه(٢).

والحاصـل لو لم يصـحّ لأحـد الأخـذ بما تقـدّم من الروايات الـدالّه على أنّ مراتب الجنين من النطفه والعلقه والمضـغه لكلّ منها أربعون يوماً لاشـتمالها لبعض ما يمنع من الوثوق بها، وكـذا اسـتفادتها من روايه أبی جرير القمی التی لا يبعد اعتبار سـندها قال: سـألت العبـد الصالـح عليه السـلام عن النطفه مـا فيهـا من الـديه، ومـا فی العلقه، ومـا فی المضـغه، ومـا فی المخلّقه، ومـا يقرّ فی الأرحـام؟ فقال: إنّه يخلق فی بطن اُمّه خلقاً من بعـد خلق يكون نطفه أربعين يوماً، ثمّ تكون علقه أربعين يوماً، ثمّ مضـغه أربعين يوماً، ففی النطفه أربعون ديناراً. الحديث(٣).

فاللازم فی تنقّل الجنين فی ما بين المراتب المتقدّمه من المصالحه على الديه؛ وذلك فإنّ معتبره ظريف(۴) قد دلّت على أنّ ديه الجنين قبل ولوج الروح مئه دينار

ص: ٣٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ٧ : ١۴٢ ، الباب ۶۴ من أبواب الدعاء، الحديث ۴.

٢- (٢) سوره الحج: الآيه ۵.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣١٧ ، الباب ١٩ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ٩.

۴- (۴) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣١٢ ، الباب ١٩ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وقال بعض الأصحاب: وفيما بين كلّ مرتبه بحساب ذلك[۱]. وفسّره واحد: بأنّ النطفه تمكث عشرين يوماً ثمّ تصير علقه، وكذا ما بين العلقه والمضغه، فيكون لكلّ يوم دينار، ونحن نطالبه بصحّه ما ادّعاه الأوّل، ثمّ نطالبه بالدلاله على أن تفسيره مراد. على أنّ المروى فى المكث بين النطفه والعلقه أربعون يوماً. وكذا بين العلقه والمضغه. روى ذلك: سعد بن المسيب، عن على بن الحسين عليهماالسلام . ومحمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام . وأبو جرير القمى عن موسى عليه السلام . وأمّا العشرون فلم نقف بها على روايه ولو سلّمنا المكث الذى ذكره، من أين لنا أنّ التفاوت فى الديه مقسوم على الأيام؟ غايته الاحتمال، وليس كلّ محتمل واقعاً، مع أنّه يحتمل أن تكون الإشاره بذلك[۲]، إلى ما رواه يونس الشيبانى، الشَرح:

وعشرون ديناراً فيما كانت نطفه، وأربعون إذا كانت علقه وستّون إذا كانت مضغه وثمانون إذا كانت المضغه عظماً، ومئه دينار إذا كانت كسى اللحم العظم، وأمّا الديه ما بين ما ذكر من المراتب والحالات فيه فلم يرد ما يطمئن النفس، وأنّ ما ورد فيها فى صحيحه سليمان بن خالد وروايه أبى شبل وروايه يونس(۱) من زياده دينارين بزياده نقطه الدم فى النطفه وبزياده عرق اللحم فى العلقه، وبزياده أربع دنانير بزياده عقده العظم فيها إلى أن يتمّ الجنين وتصل إلى مئه دينار يجرى فيها ما أشرنا إليه من اقترانها ببعض ما يمنع عن الوثوق بها، واللّه العالم.

[۱] ذكر ذلك الشيخ قدس سره (۲) ولم يفسّره، ولكن فسّره ابن إدريس فى السرائر(۳) بما ذكره فى المتن وقد تقدّم الكلام فى تفسيره وما يرد عليه.

[۲] يعنى يحتمل أن يكون ما ذكره الشيخ بأنّ فيما بين كلّ مرتبه بحساب ذلك

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۴ ۳۱۵ ، الباب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۵ و۶.

۲- (۲) النهايه: ۷۷۸.

۳- (۳) السرائر ۳ : ۴۱۶.

عن الصادق علیه السلام : «إنّ لكلّ قطره تظهر فی النطفه دینارین». وكذا كلّ ما صار فی العلقه شبه العرق من اللحم یزاد دینارین. وهذه الأخبار وإن توقّفت فیها؛ لاضطراب النقل أو لضعف الناقل، فكذا أتوقّف عن التفسیر الذی مرّ بخیال ذلك القائل.

ولو قتلت المرأه فمات معها جنین فدیه للمرأه[۱] ونصف الدیتین للجنین، إن جهل حاله. ولو علم ذكراً فدیته، أو أُنثی فدیتها.

الشَرح:

إشاره إلی ما رواه یونس الشیبانی وغیره.

دیه ما لو قتلت امرأه فمات معها جنین

[۱] وذلك ظاهر فإنّ القاتل علیه دیه المرأه وكذلك دیه الجنین ولو علم حال الجنین من الذكر أو الأُنثی فلا كلام، وأمّا إذا لم یعلم كما إذا مات الجنین فی بطنها فدیته نصف دیه الأُنثی ونصف دیه الذكر، وهذا وارد فی معتبره ظریف حیث ورد فیها: وإن قتلت امرأه وهی حبلی متمّ فلم یسقط ولدها ولم یعلم أذكر هو أو أُنثی ولم یعلم أبعدها مات أم قبلها فدیته نصفان نصف دیه الذكر ونصف دیه الأُنثی ودیه المرأه كامله بعد ذلك(۱).

ویؤیّدها روایه ابن مسكان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: دیه الجنین خمسه أجزاء: خمس للنطفه عشرون دیناراً، وللعلقه خمسان وأربعون دیناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس ستّون دیناراً، وللعظم أربعه أخماس ثمانون دیناراً، وإذا تمّ الجنین كانت له مئه دینار إلی أن قال: وإن قتلت المرأه وهی حبلی فلم یدر أذكراً كان ولدها أم أُنثی فدیه الولد نصف دیه الذكر ونصف دیه الأُنثی ودیتها كامله(۲).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۱۲ ، الباب ۱۹ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۲۹ ، الباب ۲۱ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

وقیل: مع الجهاله یستخرج بالقرعه؛ لأنّه مشکل، ولا إشکال مع وجود ما یُصار إلیه من النقل المشهور. ولو ألقت المرأه حملها مباشره أو تسبیباً، فعلیها دیه ما ألقته[۱]. ولا نصیب لها من هذه الدیه. ولو أفزعها مفزع فألقته، فالدیه علی المفزع.

الشَرح:

وما یقال من أنّ المشهور یلتزمون بالقرعه مع عدم إحراز الولد ذکراً أم أُنثی؛ لأنّ القرعه لکلّ أمر مشکل، لا یمکن المساعده علیه؛ فإنّه لا إشکال فی المشتبه إذا عیّن الشارع فیه حکماً کما فی المقام.

وبتعبیر آخر، مع تعیین الشارع الدیه فی المشتبه یرتفع الإشکال فی مقداره فیکون ما دلّ علی التعیین حاکماً علی العموم ولا أقلّ من التخصیص.

دیه إسقاط الجنین

[۱] وذلک لأنّه قد تقدّم ثبوت الدیه فی إسقاط الجنین سواء کان إسقاطه بالمباشره أو بالتسبیب کأن یشرب دواءً وسقط الجنین بشربه، وقد ورد فی صحیحه ضأبی عبیده، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی امرأه شربت دواءً وهی حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها قال: إن کان له عظم قد نبت علیه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ علیها دیه تسلّمها إلی أبیه، قال: وإن کان جنیناً علقه أو مضغه فإنّ علیها أربعین دیناراً أو غرّه تسلّمها إلی أبیه، قلت: فهی لا ترث من ولدها من دیته؟ قال: لا، لأنّها قتلته(۱). ویستفاد منها عدم إرث الجانی المسقط للحمل وأنّ دیه الحمل حتّی الجنین الذی لم ینشأ خلقاً آخر للاقرب فالأقرب من الوارث. ثمّ إنّه لا فرق بین أن یکون إسقاط الحمل من المرأه مباشرهً أو تسبیباً أو من الغیر حتّی أفزعها مفزع فألقت حملها من إفزاعه یکون الدیه علی المفزع؛ لاستناد تلف الجنین إلیه، وهذا یوجب الضمان کما هو مقتضی اطلاقات ما ورد فی الإتلاف والقتل ولو تسبیباً.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۱۸، الباب ۲۰ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

ويرث ديه الجنين من يرث المال، الأقرب فالأقرب. وديه أعضائه وجراحاته، بنسبه ديته[۱]. ومن أفزع مجامعاً فعزل فعلى المفزع عشره دنانير[۲]. ولو عزل المجامع اختياراً عن الحرّه ولم تأذن، قيل: يلزمه عشره دنانير، وفيه تردد، أشبه أنّه لا يجب. أمّا العزل عن الأمه فجائز، ولا ديه وإن كرهت.

الشَرح:

وفى صحيحه داود بن فرقد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: جاءت امرأه فاستعدت على أعرابى قد أفزعها فألقت جنيناً، فقال الأعرابى: لم يهلّ ولم يصح ومثله يطلّ فقال النبى صلى الله عليه و آله اسكت سجاعه عليك غرّه وصيف عبد أو أمّه(۱). فإنّ دلالتها على ضمان الجنين بالوصيف وإن يحمل على نوع من التقيّه على ما تقدّم إلاّ أنّ دلالتها على ضمان المفزع مع تلف الجنين يؤخذ به بلا تأمّل، نعم لو كان الإسقاط مباشره أو تسبيباً عمديّاً أو شبه عمد فالديه على المباشر والمسبّب، وإن كان خطأً محضاً فهى على العاقله على ما تقدّم ويأتى.

ديه أعضاء الجنين وجراحاته

[۱] كما فى ديه أعضاء الحى وجراحته فما فيه نصف الديه كقطع اليد ففى قطع يد الجنين نصف ديته أى خمسين قبل ولوج الروح، وفى قطع ذكره تمام الديه أى المئه وكذا فى الجروح التى فيها ديه معيّنه بالإضافه إلى الحىّ فيؤخذ بتلك النسبه فى جراحه الجنين.

ديه من أفزع مجامعاً فعزل

[۲] ذكر قدس سره لو أفزع مفزع مجامعاً فعزل المجامع بأن لم يفرغ الماء فى فرج امرأته يكون على المفزع عشره دنانير نصف خمس المئه وفى كتاب ظريف: وأفتى فى منى

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۹، الباب ۲۰ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ۲.

....

الشَرح:

الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك نصف خمس المئه عشره دنانير، وإذا أفرغ فيها عشرين ديناراً(۱). والمراد أنّه إذا أفرغ المجامع فی فرج المرأه وأخرج المفرغ بفزعه فعليه عشرون، و هذا يمكن الالتزام به.

وأمّا ثبوت الديه للمرأه الحرّه بعزل زوجها فلم يثبت حرمه العزل فضلاً عن الديه للزوجه وعدی أنّ ماء الرجل حقّ للزوجه كماتری.

والمتحصل أنّه لو أُفزع شخص حال جماعه فعزل المنی فی الخارج يكون علی المفزع عشره دنانير إن لم يرد المجامع العزل، وإذا أفرغ فی المرأه وخرج المنی بفزعه يكون علی المفزع عشرين.

وأمّا عزل الرجل عن امرأته الحرّه بدون إذنها اختياراً فقيل: علی الرجل عشره دنانير(۲)؛ لأنّه لا فرق فی تلف النطفه بين إفزاع الغير أو عزل الزوج باختياره والديه ديه النطفه فی الفرضين، وقد عدّ الماتن قدس سره الديه علی الزوج أشبه فی كتاب النكاح، وفی المقام ذكر فيه تردّد وعدم ثبوت الديه أشبه.

أقول: قد ذكر مسأله العزل فی مقدّمات النكاح وقد ورد فی جوازه روايات تدلّ بإطلاقاتها علی الجواز للرجل وإن لم ترضَ ولم تأذن الزوجه، ومقتضی ذلك عدم ثبوت الديه فإنّ الثابت فی عزل المجامع إذا كان بفعل الغير التزمنا بالديه، ولكن بما أنّ النطفه ليس حقّاً للزوجه علی الزوج ففی صوره جواز العزل لا معنی لثبوت الديه فإنّ النطفه حقّ الزوج بالإفراغ أو العزل كما هو مقتضی الروايات، نعم العزل عن الحرّه مكروه مع عدم رضاها والكراهه لا تنافی الجواز ولا تثبت الديه هذا كلّه فی الحرّه.

ص: ۳۳۰

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۱۲ ، الباب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

۲- (۲) كالمفيد فی المقنعه: ۷۶۳ ، والشيخ فی الخلاف ۵ : ۲۹۳ ، المسأله ۱۲۳ ، والقاضی فی المهذب: ۲ : ۵۱۰.

وتعتبر قيمه الأمه المجهضه، عند الجنايه لا وقت الإِلقاء.

فروع: لو ضرب النصرانيه حاملاً فأسلمت وألقته[۱]، لزم الجانى ديه الجنين المسلم؛ لأنّ الجنايه وقعت مضمونه فالاعتبار بها حال الاستقرار.

ولو ضرب الحربيه، فأسلمت وألقته، لم يضمن؛ لأنّ الجنايه لم تقع مضمونه، فلم يضمن سرايتها.

الشَرح:

وأمّا الأمه فالعزل عنها جائز بالنصّ والفتوى.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الديه إذا كان على المفزع تثبت للرجل لا المرأه.

فروع:

لو ضرب النصرانيه حاملاً وألقته

[۱] لو ضربت المرأه النصرانيّه الذميّه وهى حبلى وأسلمت بعد ضربها ثمّ ألقت حملها فعلى الجانى ديه جنين المسلم أى مئه دينار على ما تقدّم، فإنّ الجنايه حيث وقعت كانت مضمونه فإن زادت بقاءً بالسرايه أو غيرها تكون العبره بزمان استقرارها، وهذا بخلاف ما إذا لم تكن المرأه ذميّه فإنّ غير الذميّه وغير المستأمنه حربيّه لا ضمان فى الجنايه عليها حين وقوعها ولا يفيد إسلامها بعد وقوع الجنايه؛ ولذا قال الماتن: لم يضمن سرايتها.

ونوقش فى ذلك بأنّه إذا لم تكن الجنايه حين وقوعها مضمونه لعدم الاحترام على المجنى عليه حين حدوثها، فإن كان له حرمه حين استقرارها يكون لها مقتضاها حيث إنّ المفروض أنّها أسقطت جنينها بعد إسلامها ولو كان إسقاطها جنينها قبل إسلامها لم يكن لها حرمه حين الإسقاط أيضاً، ونظير ذلك ما إذا جنى على حربى بالجراحه وأسلم بعدها ثمّ سرت إلى نفسها فمات فإنّه يكون على الجانى ديته، نعم لا يثبت القصاص فإنّه لم يقصد الجانى فى الفرض قتل المسلم فيكون قتله خطأً أو شبه خطأ.

ولو كانت أمه فأَعتقت وألقته، قال الشيخ: للمولى أقلّ الأمرين من عُشْر قيمتها وقت الجنايه أو الديه؛ لأنّ عُشْر القيمه إن كان أقلّ فالزياده بالحريه فلا يستحقّها المولى، فيكون لوارث الجنين وإن كانت ديه الجنين أقلّ، كان له الديه؛ لأنّ حقّه نقص بالعتق. وما ذكره بناءً على القول بالغُره، أو على جواز أن يكون ديه جنين الأمه أكثر من ديه جنين الحرّه. وكلا التقديرين ممنوع، فإذن له عشر قيمه أُمِّه يوم الجنايه على التقديرين[١].

الشَرح:

وبالجمله، ما ذكره المشهور من أنّ الجنايه إذا لم تكن مضمونه حين وقوعها لم تضمن سرايتها لا يمكن المساعده عليها فيما إذا طرأت الحرمه على المجنى عليه حال السرايه والاستقرار فى الجنايه.

لو كانت أمه فأُعتقت وألقته

[١] أقول: قول الشيخ بأنّ لمولى النصرانيّه بعد عتقها يكون أقلّ الأمرين من عشر قيمه النصرانيّه حين ضربها أو من ديه الجنين؛ لأنّ عشر القيمه إذا كان أقلّ فالزائد منها بحريّه الأُم فلا يستحقّ المولى تلك الزياده وإن كان ديه الجنين أقلّ يكون له الديه أيضاً؛ لأنّ زياده القيمه حصل بالعتق الذى هو فعل المولى(١).

وأورد عليه الماتن بأنّ ما ذكر بناءً على أنّ الواجب فى جنين الأمه الغرّه حيث يكون عشر قيمه الأُم تاره أقلّ من قيمه الغرّه وأُخرى يكون الغرّه أقل قيمه من عشر قيمه الأُم أو أن يلتزم بأنّ عشر قيمه الأُم الذى ديه جنين الأمه يمكن أن يكون أزيد من ديه جنين الحرّه، وحيث إنّ كلا البناءين باطل يكون للمولى عشر قيمه الأُم حين الجنايه على التقديرين.

أقول: ظاهر كلام الماتن أنّ إلقاء الحمل مفروض بعد عتق المولى أمته

١- (١) المبسوط ٧ : ١٩٨.

ولو ضـرب حاملاً ـ خطأً فألقت، وقال الولی کان حیّاً، فاعترف الجانی[۱] ضـمن العاقله دیه الجنین غیر الحی، وضمن المعترف ما زاد؛ لأنّ العاقله لا تضمن إقراراً. ولو أنکر وأقام کلّ واحد بیّنه، قدَّمنا بیّنه الولی؛ لأنّها تتضمّن زیاده.

الشَرح:

المضروبه، وفی هذا الفرض إذا کان الجنین ممّا لم تلجه الروح فلا یکون لمولاها شیء أصلاً فإنّ المفروض کما تقدّم أنّ السقط حیـن الإلقـاء بحکم الحرّ من الجنین بکـون دیته مئه دینـار تصـل إلی وارثه، نعم إذا کـان الجنین مـات فی بطن أُمّه بالضـرب ثمّ أُسـقط تکون دیته لمولاهـا حیث إنّ القتل وقع قبل حرّیه الجنین، کما أنّ ما نقص من قیمه الأمه لو فرض یضـمنه الجانی لمولاها إذا کان النقص فی زمان قبل عتقها.

وقـد یقـال إنّ مقتضـی روایه النوفلی عن السـکونی أنّ دیه الجنین فی فرض کون أُمّه أمه عشـر ثمن أُمّهـا کما التزم به الماتن بل المشـهور ولا ـ یخلو عن إشـکال فإنّ الروایه رواها الشـیخ بسـنده إلی النوفلی(۱)، وسـنده إلیه ضـعیف ویحتمـل الحکومه فی دیه الجنین المزبور.

لو ضرب حاملاً خطأً فألقت

[۱] من الفروع فی إسـقاط الجنین مـا ذکر فی المتن من أنّه لو ضـرب الجـانی الحامـل خطـأً فـألقت حملهـا، وقال ولیّ المرأه أنّ الحمل کان حیّاً قبل السـقوط أو عنـده واعترف الجانی بـذلک ففی الفرض تکون علی العاقله دیه الجنین؛ لأنّ اعتراف الجانی لا یکون نافذاً علی العاقله؛ لأنّه من الإقرار علی الغیر ویکون ما زاد علی دیه الجنین علی الجانی حیث اعترف بحیاه الجنین.

ولکن لا یخفی أنّ ضمانه ما زاد لا یکون مقتضی اعترافه؛ لأنّ اعترافه علی العاقله لا علی نفسه والمفروض أنّ اعترافه علی العاقله غیر نافذ.

۱- (۱) التهذیب ۱۰ : ۲۸۸ ، الحدیث ۲۳.

ولو ضربها فألقته، فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل[١] يُقتل إن كان عمداً، ويضمن الديه فى ماله إن كان شبيهاً، ويضمنها العاقله إن كان خطأً.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى التى رواها فى التهذيب عن جعفر عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(١).

وبالجمله، عدم نفوذ إقرار الجانى على العاقله؛ لأنّه من الاعتراف على الغير مقتضاه ضمان ما زاد من المال عليه، والوجه فى ذلك هو أنّ مقتضى القاعده الأوّليّه ضمان التلف على المتلف أى الجانى خرج منها موارد ضمان العاقله، ولو أنكر الجانى فى الفرض حياه الجنين ولكن قال الولى أنّه كان حيّاً فإن لم يكن للمولى بيّنه على حياته يحلف الجانى على عدم حياته، كما هو مقتضى الاستصحاب عند الحاكم فيسقط دعوى الولى الزياده على ديه الجنين قبل ولوج الروح وإن كان للولى بيّنه على حياته يحكم بثبوت ديه كامله على العاقله، سواء كانت للجانى بيّنه لإنكاره أو لم تكن؛ لأنّ بيّنه الولى تثبت الزياده التى يدّعيها الولى.

لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه

[١] المشهور أنّه لا فرق فى موارد القتل عمداً بين كون المقتول طفلاً حتّى جنيناً ولجته الروح وبين غيره فى ثبوت القصاص لولىّ المقتول ولو كان القتل من إسقاط الجنين بغير قصد بأن كان شبيه الخطأ فالديه على الجانى وفى الخطأ على العاقله.

ويستدلّ على ثبوت القود على القاتل بقصد القتل ولو بإسقاط الجنين بقصد قتله بعد عموم النفس بالنفس وحرمه الدماء على حدٍ سواء بين المسلمين كما فى المنقول عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى خطبته فى مسجد الخيف(٢) بمرسله الحسن بن

١- (١) التهذيب ١٠ : ١٧٠ ، الحديث ١٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٧۵ ٧۶ ، الباب ٣١ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢.

وكذا لو بقى ضامناً ومات[۱]، أو وقع صحيحاً وكان مِمَّن لا يعيش مثله.

الشَرح:

على بن فضـال، عن بعض أصـحابه عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قـال: «كـلّ من قتـل شـيئاً صـغيراً أو كـبيراً بعـد أن يتعمّـد فعليه القود»(۱).

ولكن لا يخفى ما فى الاسـتدلال فإنّ العموم لا يؤخـذ به بعد قيام الدليل على رفع اليد عنه فى مورد ومرسـله ابن فضال؛ لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، نعم رواها الصدوق فى الفقيه عن عبداللّه بن بكير، عن الصادق عليه السـلام : «كلّ من قتل بشـىء صغير أو كبير بعـد أن يتعمّد فعليه القود»(۲) ومقتضـى ظاهرها أنّ القاتل بعـد أن يتعمّد ويقصد القتل فلا فرق فى ترتّب القود على قتله لاختلاف آله القتل.

نعم، لو لم يكن الشـىء ممّا يقتل غالباً ولم يكن القاتل قاصـداً القتل ولكن ترتّب القتل عليه اتفاقاً يكون المترتّب عليه الـديه كما مرّ فى القصاص.

وبـالجمله، مقتضـى (الباء) الـداخل على شـىء صـغير أو كبير ما ذكرنا؛ ولـذا يرفع اليـد عن مقتضـى العموم بصـحيحه أبى بصـير المرادى الوارد فيمن قتل مجنوناً بأنّه لا يقاد له فإنّه لا يقاد منه(۳) حيث إنّ مقتضى التعليل أنّ من لا يجرى عليه القود والقصاص لاـ يجرى له أيضـاً، ومن الظـاهر أنّ الطفـل الصـغير لاـ يجرى عليه القود والقصـاص فلا يجرى له أيضاً فقـد رفع اليـد عن تساوى الدمين فى المجنون فيرفع اليد عنه فى الصغير أيضاً.

[۱] مراده يعنى ربّمـا يكون قتـل الجنين عمـداً أو شبه عمـد أو خطأً، كما فيما إذا بقى الجنين الساقط غير صـحيح ومات أو وقع صحيحاً ولكن كان ممّا لا يعيش، كما إذا كان سقوطه صحيحاً قبل ستّه أشهر حيث إنّ الساقط قبله لا يعيش.

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۷۶ ، الباب ۳۱ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ۴.

۲- (۲) من لا يحضره الفقيه ۴ : ۱۱۲ ، الحديث ۵۲۲۱.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۷۱ ، الباب ۲۸ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

وتلزمه الكفاره فى كلّ واحده من هذه الحالات[۱].

ولو ألقته حيّاً فقتله آخر، فإن كانت حياته مستقرّه، فالثانى قاتل[۲] ولا ضمان على الأوّل ويُعزَّر وإن لم تكن مستقرّه، فالأوّل قاتل والثانى آثم يُعزَّر لخطئه.

الشَرح:

[۱] قد تقدّم سابقاً فى الجانى إذا أوجبت جنايته سقوط الجنين فإن كان ذلك قبل ولوج الروح فيه فلا كفاره على الجانى؛ لأنّ الكفّاره تعلّق بعنوان القتل الذى لا يتحقّق قبل ولوج الروح، وهذا بخلاف إسقاط الجنين بعد ولوجه حيث يتحقّق عنوان القتل ويتعلّق على الجانى الكفاره.

ولكن لا ـ يخفى أنّ المأخوذ فى موضوع كفّاره القتل من الروايات والآيه لا يعمّ الجنين ولو بعد ولوج الروح بحيث يكون فى إتلافه عمداً أو خطأً كفّاره إلّا دعوى الإجماع ونفى الخلاف فيه.

قال اللّه سبحانه «ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه»(۱) وراجع الروايات المرويه فى الكفّارات وفيها عنوان الرجل والمؤمن ونحوهما إلّا أن يدّعى أنّ المؤمن يعمّ المؤمن الحكمى أيضاً؛ ولذا تكون الكفّاره فى قتله بعد ولوج الروح دون قبله فإنّه ليس فى إسقاطه إلّا الديه يعنى مئه دينار بلا فرق بين جنين الذكر والأُنثى.

لو ألقته حيّاً فقتله آخر

[۲] يعنى حال إلقاء الأُم كانت حياته مستقرّه بحيث يكون قابلاً للبقاء حيّاً ففى هذه الحاله إذا قتله شخص يكون هذا الشخص الثانى قاتلاً ولا ضمان على الأوّل.

نعم، يعزّر الأوّل لتعديه وإيذائه، ولو لم يكن بعد الإلقاء قابلاً للبقاء حيّاً يكون الأوّل قاتلاً ويكون الثانى آثماً أى عاصياً ويعزّر لخطئه، ولو جهل الحال وهو أنّه إذا جنى عليه الثانى بعد الإلقاء هل كان للجنين حياه مستقرّه أم لا؟ قال الشيخ: سقط

۱- (۱) سوره النساء: الآيه ۹۲.

ولو جُهلَ حاله حين ولادته، قال الشيخ: سقط القود للاحتمال[١]، وعليه الديه.

الشَرح:

القود للاحتمال(١) وعليه الديه يعنى يسقط القود عن كلّ من الجانيين ولكن يكون على الثانى ديه الجنين.

واستدلّ فى الجواهر على كون الديه على الثانى باستصحاب بقاء حياه الجنين(٢) لولا ـ فعله. وفيه ما لا يخفى فإنّ عدم القود فى الفرض بالإضافه إلى الشخصين لما تقدّم من مقتضى قاعده: من لا يقاد منه لا يقاد، له ومع الإغماض عنه لا يقاد من كلّ من شخصين لعدم إحراز كونه قاتلاً، وكذا لا يثبت الديه على الثانى؛ لأنّ استصحاب الحياه بعد فعله لا يثبت كونه قاتله فإنّه من أظهر أنحاء الأصل المثبت.

نعم، يكون على الثانى ديه الجنين؛ لأنّه لو كان قاتلاً واقعاً يكون عليه الديه بمقدار ديه الجنين مع الزائد وإن لم يكن قاتلاً كما إذا قطع رأسه يكون ثبوت ديه الجنين عليه متيقّناً.

وأمّا دعوى الرجوع إلى القرعه فى تعيين القاتل منهما لأداء الديه فلا وجه له؛ لأنّ القرعه يرجع إليهما فيما كان الحكم الظاهرى والواقعى مشتبهاً ومع معلوميّه الحكم الظاهرى لأصاله عدم كون كلّ منهما قاتلاً لا يكون على واحد منهما شيء والأصل نظيره ما يجرى فى شخصين وجدا منيّاً فى ثوب مشترك أو فى شخصين علم أنّ واحداً منهما مديون لزيد أو امرأه علم كونها امرأه أحد رجلين إلى غير ذلك.

لو جهل حاله حين ولادته

[١] يعنى لو جهل حال الجنين حين سقوطه هل كان له حياه مستقرّه أم لا؟

١- (١) المبسوط ٧ : ٢٠٣.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٣ : ٣٨١.

....

الشَرح:

فلا يكون فى البين قود على الثانى لعدم إحراز كونه قاتلاً وجريان الاستصحاب فى بقاء حياته مستقرّه حال سقوطه لا يثبت أنّ الثانى قاتله أو أنّ الذى ضرب الأمه أُمّ الجنين قتل الجنين، بل لا يكون فى البين قود على كلّ تقدير حتّى ما لو علم أنّ الجانى الذى ضرب الأُم ذبح الجنين مع كون الجنين ذات حياه مستقرّه لما تقدّم من أنّ من لا يؤخذ منه القود كالمجنون لا يؤخذ لجانيه أيضاً القود كما تدلّ عليه ما فى صحيحه أبى بصير: فلا قود لمن لا يقاد منه(١). وحيث لا قود للصغير ولا يقاد منه إذا قتل الآخر فلا يقاد من قاتله أيضاً.

وعلى ذلك فهل يكون على من قتل الجنين الديه فيما إذا كان معلوماً وإذا كان قاتله مشتبهاً أو بين الاثنين يشتركان فى الديه أو يقرع بينهما فى صوره الاشتباه أو تكون ديته فى بيت مال المسلمين إلّا فى مقدار عشر الديه أى مئه دينار ديه الجنين فهو على الثانى.

والأظهر أنّه لا مجال للقرعه فى المقام؛ لأنّ موردها ما إذا كان الحكم يعنى الحقّ مشتبهاً من حيث الواقع والظاهر، وفى ما نحن ليس كذلك؛ لأنّ الجارى فى كلّ من الشخصين عدم كونه قاتلاً لاحتمال عدم استقرار الحياه حين سقوط الجنين بضرب الأُمّ.

نعم، إذا فرض أنّ الثانى قطع رأس الجنين يكون عليه مئه دينار؛ لأنّه لو كان قبل قطع رأسه كانت حياته مستقرّه يكون على الثانى ألف دينار ديه الجنين الذى ولجته الروح فمئه دينار متيقّن فى ضمن الديه وإن كانت غير مستقرّه بكون ما ذكر ديه قطع الرأس.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٧١، الباب ٢٨ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

ولو وطئها ذمّی ومسلم لشبههٍ فی طهرٍ واحدٍ، فسقط بالجنایه أَقرع بین الواطئین[۱]، وأَلزم الجانی بنسبه دیه من أَلحِقَ به.

ولو ضربها فألقت عضواً کالید، فإن ماتت لزمه دیتها ودیه الحمل. ولو ألقت أربع أید فدیه جنین واحد؛ لاحتمال أن یکون ذلک لواحد ولو ألقت العضو، ثمّ ألقت الجنین میّتاً، دخلت دیه العضو فی دیته. وکذا لو ألقته حیّاً فمات.

ولو سقط وحیاته مستقرّه ضمن دیه الید حسب. ولو تأخّر سقوطه، فإن شهد أهل المعرفه أنّها ید حیّ فنصف دیته، وإلاّ فنصف المئه.

مسألتان:

الأُولی: دیه الجنین إن کان عمداً وشبیه العمد، ففی مال الجانی[۲]. وإن کان خطأً فعلی العاقله، وتُستأدی فی ثلاث سنین.

الشَرح:

لو وطئها ذمّی ومسلم لشبهه فی طهر واحد

[۱] إذا وطأ الأمه کلّ من مسلم وذمّی لشبهه فی طهر واحد اشتباهاً فسقط الجنین بالجنایه یقرع بین الواطئین فی إسلام الجنین وکفره، فإن خرج أحدهما أُلحق فی دیته إلی أبیه المسلم أو الکافر، حیث إنّه قد ورد فی تعیین أب الطفل إذا کان مشتبهاً بین الاثنین أو أکثر یخرج أبوه بالقرعه ویلزم الجانی علی الأمه بالنسبه إلی دیه الجنین بحسب القرعه.

دیه الجنین فی مال الجانی

[۲] مقتضی إطلاق ما دلّ علی أنّ الجانی ضامن لدیه الجنین قبل ولوج الروح عدم الفرق بین کون الجنایه عمداً أو شبه عمد أو خطأً، وفی الجواهر(۱): أنّه لو لم یکن فی البین إجماع لأمکن الالتزام بعدم ضمان العاقله دیه الجنین قبل ولوج الروح

۱- (۱) جواهر الکلام: ۴۳ : ۳۸۳.

الثانیه: فی قطع رأس المیت المسلم الحرّ مئه دینار[۱]. وفی قطع جوارحه بحساب دیته. وکذا فی شجاجه وجراحه. ولا یرث وارثه منها شیئاً، بل تُصرف فی وجوه القُرب عنه، عملاً بالروایه. وقال علم الهدی رحمه الله : یکون لبیت المال.

الشَرح:

فیه حیث إنّ مقتضی إطلاق ما دلّ علی ضمان الجانی قبل ولوج الروح فی الجنین ثبوت الضمان علی الجانی فی صور الجنایه عمداً أو شبه عمد أو خطأً.

فی قطع رأس المیت الحرّ مئه دینار

[۱] دیه قطع رأس المیت المسلم مئه دینار ویستظهر ذلک من روایه الحسین بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سئل أبو عبداللّه علیه السلام عن رجل قطع رأس میّت فقال: إنّ اللّه حرّم منه میّتاً کما حرّم منه حیّاً، فمن فعل بمیت فعلاً یکون فی مثله اجتیاح نفس الحیّ فعلیه الدیه، فسألت عن ذلک أبا الحسن علیه السلام فقال: صدق أبو عبداللّه علیه السلام هکذا قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله قلت: فمن قطع رأس میّت أو شقّ بطنه أو فعل به ما یکون فیه اجتیاح نفس الحیّ فعلیه دیه النفس کامله؟ قال: لا، ولکن دیته دیه الجنین فی بطن اُمّه قبل أن تلج فیه الروح. الحدیث(۱) والتزم البعض بأنّ الحسین بن خالد فی السند هو ابن العلاء الخفاف ولا یخلو عن تأمّل، فإنّ المعروف هو الخفّاف من الحسین بن العلاء الخفّاف لا ان المعروف من الحسین هو الخفّاف ولا یبعد الالتزام بانتقال دیه المیّت إلی ورثته فإنّ الذی ینتقل إلی ورثته ما کان لسبب الجنایه علیه قبل موته وحیث لحق هذه الدیه بالمیّت بعد موته فلاتنتقل إلی ورثته بعد موته فالاحوط للورثه ان یصرفوا الدیه فی وجوه القرب عنه وفی قطع اعضاء المیت کقطع یده او رجله دیه کما فی قطع ید الحی او رجله او نحو ذلک من اعضائه بحساب دیه.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۲۵، الباب ۲۴ من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث ۲.

(الثانیه): فی الجنایه علی الحیوان وهی باعتبار المجنی علیه تنقسم أقساماً ثلاثه:

الأوّل[۱]: ما یؤکل کالغنم والبقر والإبل، فمن أتلف شیئاً منها بالذکاه، لزمه التفاوت بین کونه حیّاً وذکیاً. وهل لمالکه دفعه والمطالبه بالقیمه؟ قیل: نعم، وهو اختیار الشیخین رحمهماالله ، نظراً إلی إتلاف أهم منافعه، وقیل: لا، لأنه إتلافٌ لبعض منافعه فیضمن التالف وهو أشبه.

ولو أتلفه لا بالذکاه لزمه قیمته یوم إتلافه. ولو بقی فیه ما ینتفع به، کالصوف والشعر والوبر والریش، فهو للمالک، یُوضع من قیمته. ولو قطع بعض أعضائه، أو کسر شیئاً من عظامه فللمالک الأرش.

الثانی: مالا یؤکل لحمه ویصحّ ذکاته کالنمر والأسد والفهد، فإن أتلفه بالذکاه ضمن الأرش؛ لأنّ له قیمه بعد التذکیه. وکذا فی قطع جوارحه وکسر عظامه، مع استقرار حیاته. وإن أتلفه لا بالذکاه ضمن قیمته حیّاً.

الشَرح:

فی الجنایه علی الحیوان

الحیوان القابل للتذکیه

[۱] الأوّل ما یؤکل کالغنم والبقر والإبل وإذا تلف شیئاً منها بالذکاه لزمه التفاوت بین کونه حیّاً وذکیاً وهل یجوز لمالک الحیوان دفع الحیوان إلی مذکّیه والمطالبه بقیمته؟ قیل: نعم، وهو اختیار الشیخین رحمهماالله (۱) نظراً إلی إتلاف أهم منافعه وقیل: لا، لأنّه إتلاف لبعض منافعه فیضمن التالف(۲) وهو أشبه.

۱- (۱) المفید فی المقنعه: ۷۶۹، والطوسی فی النهایه: ۷۸۰.

۲- (۲) ابن ادریس فی السرائر ۳: ۴۲۰.

الثالث: مالا يقع عليه الذكاه ففى كلب الصيد أربعون درهماً[۱]. ومن الناس من خصّه بالسلوقى، وقوفاً على صوره الروايه. وفى روايه السكونى،

الشَرح:

أقول: إذا أخذ الحيوان واتلفه بالذكاه من غير رضاه يتخيّر المالك بين اخذ القيمه وبين اخذ المذكّى والتفاوت بين كونه حيّاً وذكياً، وقد ذكر أنّه على تقدير أخذ التفاوت بين المذكى والحيوان يكون ما يبقى بيد المالك مملوكاً له إلاّ أن يتسالما على دفعها أيضاً للمذكّى.

ولو أتلفه لا بالذكاه لزمه قيمه يوم إتلافه، ولو بقى فيه ما ينتفع به كالصوف والشعر والوبر والريش فهو للمالك يوضع من قيمته، ولو قطع بعض أعضائه أو كسر شيئاً من عظامه فللمالك الأرش.

وأمّا إذا كان ممّا لا يؤكل ولكن كان قابلاً للتذكيه ولكن الجانى قتله بغيرالتذكيه يضمن قيمته، وإذا أدّى قيمته ففى هذه الصوره المنافع التى تبقى ملحوظه كالعظم والصوف ونحوها يكون فى اختيار قاتل الحيوان.

والوجه فيه أنّ التى يجوز الانتفاع به من أجزائه التى لا ـ تحلّه الحياه ونحوها يكون مضموناً فإذا أدّى الضمان وخرج عنه بالقيمه كما هو مقتضى كون التالف قيمياً ينتقل ما يتخلف ممّا يمكن الانتفاع منه عن ملك المالك إلاّ إذا بنى على عدم الملكيّه فى هذه الأُمور وفيه تأمّل.

نعم، إذا قطع بعض أعضاء الحيوان أو كسر بعضها أو جرحها فعليه الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمتى الصحيح والمعيب.

نعم، إذا فقأ عين ذات القوائم الأربع فعلى الجانى ربع ثمنها.

الحيوان غير القابل للتذكيه

[۱] يعنى الديه فى كلب الصيد أربعون درهماً وكأنّ ذلك لا يختصّ بكلب

عن أبی عبداللّه علیه السلام ، فی کلب الصید أنّه یقوَّم. وکذا کلب الغنم، وکلب الحائط والأوّل أشهر.

وفی کلب الغنم کبش، وقیل: عشرون درهماً، وهی روایه ابن فضال، عن بعض أصحابه، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، مع شهرتها لکن الأُولی أصحّ طریقاً.

وقیل: فی کلب الحائط عشرون درهماً، ولا أعرف المستند.

وفی کلب الزرع قفیز من البُر، ولا قیمه لما عدا ذلک من الکلاب وغیرها. ولا یضمن قاتلها شیئاً. أمّا ما یملکه الذمّی کالخنزیر، فهو یضمن بقیمته عند مستحلّیه. وفی الجنایه علی أطرافه الأرش.

الشَرح:

الصید السلوقی وإن ورد فی خبر الولید بن صبیح، عن أبی عبداللّه علیه السلام (۱) وکذا فی خبر أبی بصیر(۲) ولکن لم یرد القید فی معتبره السکونی عنه علیه السلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام فیمن قتل کلب الصید، قال: یقوّمه وکذلک البازی، وکذلک کلب الغنم، وکذلک کلب الحائط(۳). ویعنی بالحائط البستان وحیث إنّه لم یحرز أنّ الروایات تامّه من حیث السند والدلاله فلا بأس بالالتزام بالقیمه فی کلب الصید أیضاً، سواء کانت القیمه أقلّ من الأربعین أو أزید منه.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۲۶ ، الباب ۱۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۲۶ ، الباب ۱۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۲۶ ، الباب ۱۹ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳.

مسائل:

الأُولى: لو أتلف الذمّى خمراً أو آله لهو ضـمنها المتلف، ولو كان مسلماً. ويشترط فى الضـمان الاستتار. ولو أظهرهما الذمّى لم يضمن المتلف. ولو كان ذلك لمسلم لم يضمن الجانى على التقديرات.

الثانيه: إذا جنت الماشيه على الزرع ليلاً ضـمن صاحبها. ولو كان نهاراً لم يضـمن، ومستند ذلك روايه السكونى، وفيه ضعف والأقرب اشتراط التفريط فى موضع الضمان ليلاً كان أو نهاراً.

الثالثه: روى عن أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّه قضى فى بعير بين أربعه، عَقَلَهُ أحدهم فوقع فى بئر فانكسر «أنّ على الشركاء حصّته» لأنّه حَفِظ، وضيّع الباقون.

الرابعه: ديه الكلاب الثلاثه مقدّره على القاتل. أما لو غصب أحدها وتلف فى يد الغاصب، ضـمن قيمته السوقيّه ولو زادت عن المقدَّر.

(الثالثه): فى كفّاره القتل يجب كفّاره الجمع بقتل العمد[۱]، والمرتَّبه بقتل الخطأ، مع المباشره لا مع التسبيب. فلو طرح حجراً، أو حفر بئراً، أو نصب سكّيناً فى غير ملكه فعثر عاثر فهلك بها ضمن الديه دون الكفّاره.

الشَرح:

كفاره القتل

تجب كفاره الجمع بقتل العمد

[۱] قد تقدّم فى مباحث قصاص النفس ملاك قتل العمد وأنّ تحقّقه يكون بضرب الآخر بآله قاتله بقصد القتل أو بغير آله قاتله نوعاً ولكن بقصد القتل كما إذا كان الضرب بها مكرّراً إلى أن يموت، أو كان الضرب بآله قاتله ولو لم يكن بقصد القتل.

ففى جميع الصور الثلاث بموت المضروب يكون الجانى قاتلاً ـ وقتله عمديّاً ويجب عليه كفّاره الجمع أى عتق الرقبه المؤمنه وصوم ستّين يوماً وإطعام ستّين مسكيناً من غير خلاف.

....

الشَرح:

ویـدلّ علی ذلک روایات منها معتبره إسـماعیل بن جابر الجعفی قال: قلت لأبی جعفر علیه السـلام : الرجل یقتل الرجل متعمّـداً، قـال: علیه ثلاـث کفّارات یعتق رقبه، ویصوم شـهرین متتابعین، ویطعم ستّین مسـکیناً، قال: وأفتی علی بن الحسـین علیهماالسـلام بمثل ذلک(۱).

ومنها صـحیحه عبـداللّه بن سـنان، عن أبی عبـداللّه علیه السـلام قال سـئل عن المؤمن یقتل المؤمن متعمّداً هل له توبه؟ فقال: إن کـان قتله لإیمانه فلا توبه له، وإن کان قتله لغضب أو لسـبب من أمر الـدنیا فإنّ توبته أن یقاد منه، وإن لم یکن علم به انطلق إلی أولیاء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبهم، فإن عفوا عنه فلم یقتلوه أعطاهم الدیه وأعتق نسمه وصام شهرین متتابعین وأطعم ستّین مسکیناً توبه من اللّه(۲). إلی غیر ذلک.

والمسـتفاد من هذه الصحیحه أنّ القصاص إذا وقع فلا یتعلّق بالجانی الکفّاره فالقصاص مع الندم توبه، وإن لم یقع قصاص وکان عفواً یجب الکفّاره یعنی کفّاره الجمع مع إعطاء الـدیه، هذا بالإضافه إلی القتل متعمّداً، ولا یبعد أن یکون المراد من المؤمن فی الصـحیحه فی نـاحیه المجنی والجـانی هو المسـلم مقابل الکافر، فلا منافاه بین أن یکون المجنی علیه مسـلماً متـدیّناً صالحاً ورعاً إماماً والمسلم الجانی مسلماً بإسلام ظاهری ویکون قتل الجانی المجنی علیه لدینه فلا یکون له توبه.

ثمّ لا فرق فی الکفّاره فی القتل عمـداً بین أن یتعلّق به القود علی القاتل أم لا، کما إذا قتل المولی عبده أو عبد غیره فإنّه لا یتعلّق علی المولی القود ولکن یعزّر ویتعلّق به الکفّاره فی قتل العمد، وکذا لا فرق فی تعلّق الکفّاره فیما کان القاتل رجلًا

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۴ ، الباب ۱۰ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۳.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰ ، الباب ۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

والمقتول أيضاً رجلاً ـ أو امرأه، ولكنّ المؤمن المأخوذ فى الكتاب ظاهره كما ذكرنا هو المسلم، فلو قتل المسلم كافراً لا يكون على القاتل إلاّ ديه الذمى على تقدير كون المقتول من أهل الذمّه، وإلاّ فلا ديه أيضاً كما لا يكون كفّاره لعدم كون المقتول مسلماً.

ولا ـ خلاف فى أنّ الكفّاره كما تثبت فى القتل عمداً كذلك تثبت فى القتل خطأً قال اللّه عزّوجلّ: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاّ خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه وديه مسلّمه إلى أهله إلاّ أن يصدّقوا فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبه مؤمنه وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فديه مسلّمه إلى أهله وتحرير رقبه مؤمنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبه من اللّه وكان اللّه عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمّداً فجزاءه جهنّم خالداً فيها وغضب اللّه عليه ولعنه وأعدّ له عذاباً عظيماً»(۱).

ثمّ لا يخفى أنّ القتل خطأً على قسمين:

قسم يصدق حقيقه أنّ الجانى قاتل كما إذا رأى من بعيد شبحاً أنّه يمشى فظنّ أنّه حيوان ورماه بسهم فقتله ثمّ ذهب إليه فوجد أنّه إنسان مسلم فهذا النحو يعمّه الآيه فى وجوب الكفّاره ففى الحقيقه القتل مباشره خطأً.

وقسم آخر لا يصدق أنّه قاتل كما إذا ألقى الشخص حجراً على موضع من الأرض فعثر به ماش اتّفاقاً فسقط على الأرض فمات فإنّ مقتضى الروايات على أنّ ملقى الحجر يضمن الديه، وفى الحقيقه أنّه ليس قاتل؛ لأنّه لم يباشر بالقتل ولم يكن قصده قتل أحد واتّفق ذلك، وهذا النحو من التسبيب غير مشمول لتعلّق الكفّاره ثمّ إطعام ستّين مسكيناً وإن كان غير مذكور فى الآيه عند عدم التمكّن من الصيام، إلاّ أنّه يستفاد من بعض الروايات يرفع بها اليد عن إطلاق الآيه.

۱- (۱) سوره النساء: الآيه ۹۲ ۹۳.

وتجب بقتل المسلم، ذكراً كان أو أَنثى، حرّاً أو عبداً. وكذا تجب بقتل الصبى والمجنون، وعلى المولى بقتل عبده.

ولا تجب بقتل الكافر، ذمّياً كان أو معاهداً، استناداً إلى البراءه الأصليّه.

ولو قتل مسلماً فى دار الحرب، مع العلم بإسلامه ولا ضروره، فعليه القَوَد والكفّاره[۱].

الشَرح:

لو قتل مسلماً فى دار الحرب

[۱] بعد ما ذكرنا من أنّ كفّاره قتل العمد فيما إذا عفا أولياء المقتول القصاص هى كفّاره الجمع وإعطاء الديه.

يقع الكلام فى المسلم الذى يقتله المسلم فى دار الحرب باعتقاد أنّه كافر حربى وفيما يقتله مع العلم بأنّه مسلم، وظاهر الماتن قدس سره أنّه إذا قتله مع علمه بأنّه مسلم ولا ضروره فى قتله يتعلّق بالقاتل القود والكفّاره، ولكن تقدّم أنّ تعلّق الكفّاره على تقدير القصاص معفو، وأمّا إذا كان فى البين ضروره، كما إذا تترّس الكفّار بالمسلم فى الدفاع عن أنفسهم أو فى قتل المسلمين فظاهر الماتن جواز قتله فى مثل هذه الحاله ولا يتعلّق بالقاتل لا القود ولا الديه.

ويمكن أن يقال نفى تعلّق القود والديه على القاتل فى الفرض؛ لأنّ المسلم المفروض مع وجود الضروره على قتله أعان على نفسه ببقائه فى دار الحرب وكان مفرطاً فى هدر دمه.

ودعوى أنّه فى هذا الفرض لا كفّاره أيضاً على القاتل لا يمكن المساعده عليها لإطلاق بعض الروايات بل الآيه المباركه «فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبه مؤمنه»(۱) فإنّ المراد قتل المؤمن وهو فى قوم بينكم وبينهم عداوه يكون

۱- (۱) سوره النساء: الآيه ۹۲.

ولو ظنّه کـافراً، فلا دیه، وعلیه الکفّاره[۱]. ولو کان أسـیراً، قال الشـیخ: ضـمن الدیه والکفّاره؛ لأنّه لا قدره للأسیر علی التخلّص، وفیه تردد.

ولو اشترک جماعه فی قتل واحد، فعلی کلّ واحد کفّاره[۲]، الشَرح:

علیکم فی قتله کفّاره.

لو ظنّه کافراً فلا دیه وعلیه الکفّاره

[۱] ولو اعتقد أنّ الذی فی دار الحرب کافر فقتله ثمّ ظهر أنّه مسـلم لا یکون علی القاتل قود بلا خلاف؛ لعدم القصد والعمد فی قتـل المسـلم، بـل کمـا ذکرنـا لو کان القصـد فی بقائه بـدار الحرب بالعمـد والاختیار والحرب قائمه فبقاؤه فیها إعانه علی نفسـه وإفراط علی هدر دمه.

نعم، إذا لم یکن له تمکّن من الخروج کما إذا أُخذ أسیراً وألزموه فالالتزام بالدیه ممکن وأنّه یجب علیه فی القتل کفّاره الخطأ.

لو اشترک جماعه فی قتل واحد

[۲] لأنّه مع الاشتراک بحیث صدر القتل عن الجماعه بأجمعهم یصدق علی کلّ واحد أنّه قاتل فیتعلّق بکلّ منهم کفّاره القتل.

ویؤیـد ذلـک مـا ورد من إصـابه صـید من المحرمین کصـحیحه عبـدالرحمن بن الحجّاج، قال سألت أبا الحسن علیه السـلام عن رجلین أصابـا صـیداً وهما محرمان، الجزاء بینهما؟ أو علی کلّ واحـد منهما جزاء؟ قال: لا، بل علیهما أن یجزی کلّ واحـد منهما الصید(۱).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۷ : ۱۵۴ ، الباب ۱۲ من أبواب صفات القاضی، الحدیث الأوّل.

وإذا قبل من العامد الدیه، وجبت الکفّاره قطعاً. ولو قتل قوداً، هل تجب فی ماله؟ قال فی المبسوط: لا تجب، وفیه إشکال ینشأ من کون الجنایه سبباً[۱].

الشَرح:

لو قتل قوداً هل تجب فی ماله الکفاره؟

[۱] ذهب جمع من الأصحاب إلی أنّ فی مورد القتل العمد إذا لم یقتصّ من القاتل، سواء أخذ الدیه أو عفا أولیاء الدم عن الدیه أیضاً یجب علیه کفّاره القتل عمداً، وأمّا إذا أخذ بالقصاص عنه بل لو قتل ولو بسبب آخر لا یجب علیه الکفّاره، وقال جمع آخر منهم الماتن قدس سره یؤخذ من مال القاتل الکفّاره.

والمستند للقائلین بأخذ الکفّاره من ماله أنّ الموجب لوجوب الکفّاره یعنی کفّاره الجمع وهو صدور القتل منه عمداً قد تحقّق ولا موجب لسقوطه بمجرّد قتل القاتل بالقصاص أو غیره فیجری الاستصحاب فی بقائه علی عهدته، ولکن لا یخفی أنّه لا مجال للاستصحاب؛ لأنّ موضع الاستصحاب یرتفع بالقصاص؛ لأنّه حکم تکلیفی لدلاله صحیحه عبداللّه بن سنان علی أنّ الکفّاره وإن کان وجوبها بصدور القتل إلّا أنّه معلّق علی عدم أخذ القصاص منه، بل عدم موته لأنّ الکفّاره وجوبها من وجوب الفعل فإذا قتل قبل ذلک بالقصاص أو بغیره فلا یکون موضوع حتّی یجب علیه الفعل وقد ذکرنا صحیحه عبداللّه بن سنان وموثقه ابن بکیر جمیعاً، عن أبی عبداللّه علیه السلام حیث ذکر فیها الإمام علیه السلام : «فإن عفوا عنه فلم یقتلوه أعطاهم الدیه وأعتق نسمه، وصام شهرین متتابعین، وأطعم ستّین مسکیناً توبه إلی اللّه عزّ وجلّ»(۱).

فإنّه کما أنّ إعطاء الدیه معلّق علی عدم القصاص وإلّا فمع القصاص لا موضوع للدیه کذلک وجوب الکفّاره.

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۰، الباب ۹ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث الأوّل.

(الرابعه): فی العاقله والنظر فی تعیین المحلّ، وکیفیّه التقسیط، وبیان اللواحق.

أمّا المحل[۱]: فهو: العصبه، والمعتق، وضامن الجریره، والإِمام.

وضابط العصبه[۲]: من یتقرّب بالأب، کالأُخوه وأولادهم، والعمومه وأولادهم. ولا یشترط کونهم من أهل الإرث فی الحال. وقیل: هم الذین یرثون دیه القاتل لو قتل.

الشَرح:

فی العاقله

اشاره

[۱] ذکر قدس سره فی المحلّ للعاقله أنّه العصبه، والمعتق یعنی من له ولاء العتق، وضامن الجریره یعنی من له ولاء ضمانها، ثمّ الإمام یعنی من له ولایه الإمامه ویؤتی الدیه من بیت المال ویأخذ له کما یأتی.

تفسیر العصبه

[۲] وفسّروا العصبه بالذین یؤخذ منهم دیه الخطأ المحض ممّن یتقرّب إلی الجانی بالأب کالأُخوه وأولاد الأُخوه والعمومه وأولاد العمومه وقال: لا یشترط فی کونهم عصبه للجانی کونهم من أهل الإرث من الجانی، بل قد لا یکون من العصبه وإن یکن من الوارث.

وما قیل من أنّه یعتبر فی العصبه کونهم وارثین للجانی یأخذون دیته لو قتل لا یمکن المساعده علیه، فإنّ اعتبار العصبه فی قتل الخطأ أمر وکون شخص من أهل الإرث من الجانی أمر آخر، فإنّه لو قتل الجانی یرث دیته الزوجه والذکور والإناث، ولکن العقل یعنی الدیه لا تؤخذ إلّا من الذکور من العصبه دون من یتقرّب بالأُم للجانی أو بالأب من الإناث.

وفی هـذا الإطلاق وهمٌ، فـإنّ الـدیه یرثهـا الـذکور والإناث، والزوج والزوجه، ومن یتقرّب بالأم علی أحـد القولین. ویختصّ بها الأقرب فالأقرب، کمـا تُورَّث الأموال. ولیس کـذا العقـل فإنّه یختصّ بالـذکور من العصـبه دون من یتقرّب بالأُم، ودون الزوج والزوجه، ومن الأصحاب من خصّ به الأقرب ممّن یرث بالتسمیه. ومع عـدمه، یشترک فی العقـل بین من یتقرّب بالأُم، مع من یتقرّب بالأب أثلاثاً. وهو استناد إلی روایه سلمه بن کهیل، عن أمیرالمؤمنین (علیه الصلاه والسلام) وفی سلمه ضعف.

الشَرح:

وقد یقال إنّه تؤخذ الدیه من الأقرب فالأقرب بالتسمیه ومع عدمه یشترک من یتقرّب بالأب مع من یتقرّب بالأُم أثلاثاً فیؤخذ من المتقرّب بالأب ثلثان وبالأُم ثلث.

ویسـتدلّ علی ذلک بروایه سلمه بن کهیل، عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: أُتی أمیر المؤمنین علیه السلام برجل قد قتل رجلاً خطأً فقال له أمیر المؤمنین علیه السـلام : من عشـیرتک وقرابتک؟ فقال: ما لی بهذا البلد عشـیره ولا قرابه، فقال: فمن أیّ البلدان أنت؟ قـال: أنا رجل من أهل الموصل ولـدت بها ولی بها قرابه وأهل بیت، قال: فسأل عنه أمیر المؤمنین علیه السـلام فلم یجـد له بـالکوفه قرابه ولا عشـیره، قـال: فکتب إلی عـامله علی الموصـل: «أمّـا بعـد فـإنّ فلان بن فلان وحلیته کـذا وکـذا قتل رجلاً من المسـلمین خطـأً، فـذکر أنّه رجل من أهل الموصل، وأنّ له بها قرابه وأهل بیت وقـد بعثت به الیک مع رسولی فلان وحلیته کـذا وکـذا، فـإذا ورد علیـک إن شـاء اللّه وقرأت کتابی فافحص عن أمره وسل عن قرابته من المسـلمین، فإن کان من أهل الموصـل ممّن ولد بها وأصـبت له قرابه من المسـلمین فاجمعهم إلیک، ثمّ انظر فإن کان رجل منهم یرثه له سهم فی الکتاب لا یحجبه عن میراثه أحد من قرابته فألزمه الدیه وخذه بها نجوماً فی ثلاث سنین فإن لم یکن له من قرابته أحد له سهم فی الکتاب وکانوا قرابته سواء فی النسب، وکان له قرابه من قبل أبیه وأُمّه سواء فی النسب ففضَّ الـدیه علی قرابته من قبل أبیه وعلی قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدرکین المسلمین ثمّ اجعل علی

....

الشَرح:

قرابته من قبل أبيه ثلثى الـديه، واجعل على قرابته من قبل أُمّه ثلث الديه، وإن لم يكن له قرابه من قبل أبيه ففضّ الديه على قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدركين المسلمين، ثمّ خذهم بها واستأدهم الديه فى ثلاث سنين، وإن لم يكن له قرابه من قبل أبيه ولا قرابه من قبل أُمّه، ففضّ الـديه على أهل الموصل ممّن ولـد ونشأ بها ولا تدخلنّ فيهم غيرهم من أهل البلد، ثمّ اسـتأد ذلك منهم فى ثلاث سـنين فى كـلّ سـنه نجماً حتّى تسـتوفيه إن شاء اللّه، فإن لم يكن لفلان بن فلان قرابه من أهل الموصل ولم يكن من أهلها وكان مبطلاً فى دعواه فردّه إلىّ مع رسولى فلان بن فلان إن شاء اللّه فأنا وليّه والمؤدّى عنه، ولا أُبطل دم امرئ مسلم»(۱).

وبـالجمله، مـا ذكر الماتن قـدس سره من أنّ من الأصـحاب من خصّ بالمحلّ الأقرب إلى الجانى ممّن يرثه بالتسـميه ومع عـدم الأقرب كذلك يشترك فى العقل بين من يتقرّب بالأُمّ ومع من يتقرّب بالأب أثلاثاً استناد إلى روايه سلمه بن كهيل، غير تام:

أوّلًا: بأنّ الروايه ضـعيفه من حيث السـند؛ لأنّ فى بعض النسخ يروى الحسن بن محبوب، عن مالك بن عطيّه، عن أبيه عن سـلمه بن كهيل وحال مالك بن عطيه وإن كان ظاهراً فإنّه ثقه إلّا أنّ حال أبيه غير ظاهر، كما أنّ حال سلمه بن كهيل غير ظاهر.

وثانيـاً: أنّ مـدلولها وإن كان أنّ الـديه تؤخـذ مع عـدم الأقرب الـذى ممّن يرث بالتسـميه ممّن يتقرّب بالأُم مع التقرّب بالأب من الرجال دون النساء، ولكن ليس فى الروايه أثلاثاً.

ولكن قد يقال إنّ الديه تؤخذ أثلاثاً قد سـقط فى نسخه الوسائل عن الحديث، ولكنّها مرويه فى الكافى موجود فى تلك النسخه حيث روى فى الكافى بإسناده فى الروايه السابقه عن ابن محبوب، عن مالك بن عطيّه، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۲ ، الباب ۲ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

قال: أُتی أمیر المؤمنین علیه السلام برجل قد قتل رجلاً ـ خطأً إلی أنّ قال علیه السلام فافحض عن أمره وسل من قرابته من المسلمین فإن کان من أهل الموصل ممّن ولد بها وأصبت له بها قرابه من المسلمین فاجمعهم إلیک ثمّ انظر فإن کان منهم رجل یرثه له سهم فی الکتاب لا یحجبه عن میراثه أحد من قرابته فألزمه الدیه وخذه بها نجوماً فی ثلاث سنین، فإن لم یکن من قرابته أحد له سهم فی الکتاب وکان قرابته سواء فی النسب وکان له قرابه من قبل أبیه وأُمّه فی النسب سواء ففضّ الدیه علی قرابته من قبل أبیه وعلی قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدرکین المسلمین ثمّ اجعل علی قرابته من قبل أبیه ثلثی الدیه، واجعل علی قرابته من قبل أُمّه ثلث الدیه، وإن لم یکن له قرابه من قبل أبیه ففضّ الدیه علی قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدرکین المسلمین ثمّ خذهم بها واستأدهم الدیه فی ثلث سنین(۱). الحدیث ولکن ما رواه فی الوسائل عن أبیه بعد مالک بن عطیّه نسخه، وکان دأب الوسائل فی صوره اختلاف الروایه بحسب الروایه عن الکتب کان یتعرّض له بقوله: ولکن فیما رواه الکافی کذا روی الروایه عن الکافی، وقال فی ذیل الروایه ورواه الشیخ بإسناده عن ابن محبوب وکذا الصدوق(۲).

وإذا کانت الأقرباء الأبی والأُمّی مشترکین بکون ثلثی الدیه علی أقربائه الأبی والثلث علی الرجال من أقربائه الأُمّی وارداً فی روایه الشیخ فی التهذیب فی المجلّد العاشر صفحه ۱۷۱ ، الحدیث ۶۷۵ ۱۵ ، وکذا فی روایه الفقیه أیضاً المرویه فی المجلّد الرابع من الفقیه صفحه ۱۰۵ ، باب العاقله الحدیث الأوّل، یتعیّن أنّ الوارد فی الروایه اعتبار التقسیط بالثلثین والثلث وأنّ الاشتباه والسقوط فمن نسخه الوسائل.

ص: ۳۵۴

۱- (۱) الکافی ۷ : ۳۶۴ ، الحدیث ۲.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۱۷۱ ، الحدیث ۱۵ . من لا یحضره الفقیه ۴ : ۱۳۹ ، الحدیث ۵۳۰۸.

....

الشَرح:

ولكن الرّوايه من أصل سنده ضعف فإنّ فى سندها فى الفقيه والتهـذيب مالك بن عطيّه، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل، وعطيّه وسلمه بن كهيل ضعيفان، وعلى ما ذكر لا يثبت بهـذه الروايه العاقله وكيفيّه استيفاء ديه الخطأ منها والمقدار الثابت منها الرجال الأقرباء من ناحيه الأُخوه الأبى وأولادهم وأعمام الأبى وأولادهم وما يأتى من آباء الجانى وأولاده، بل فيها أنّ مع عـدم المتقرّب فى البلد إلى الجانى يكون العقل على أهل البلد وهذا أيضاً لا يعهد العمل بها.

والمحكى عن بعض الأصحاب أنّ العاقله التى تتحمّل ديه الخطأ المحض هم الورثه على ترتيب الأقرب فالأقرب فى الإرث.

ويستدلّ على ذلك بموثقه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلًا متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه؟ قال: إن كان له مال أُخذت الديه من ماله، وإلّا فمن الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرئ مسلم(۱). وصحيحه أحمد بن محمد عن ابن أبى نصر، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل قتل رجلًا عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: إن كان له مال أُخذ منه، وإلّا أُخذ من الأقرب فالأقرب(۲).

ولكن لا يخفى أنّ الروايتين لا يرتبطان بالعاقله فإنّ تحمّل العاقله الديه فى الخطأ المحض ومودهما القتل عمداً مورد القصاص والالتزام بمضمونهما فى موردهما لا بأس به.

نعم، قد يقال بالاستدلال بمرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلًا خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء

ص :۳۵۵

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۵ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۵ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث ۳.

وهل يدخل الآباء والأولاد فی العقل؟ قال فی المبسوط وفی الخلاف: لا، والأقرب دخولهما[۱]، لأنّهما أدنی قومه.

الشَرح:

المقتول من الدیه أنّ الدیه علی ورثته، فإن لم یکن له عاقله فعلی الوالی من بیت المال(۱).

وفی الاستدلال بها أیضاً مناقشه:

أوّلًا: بأنّها مرسله فإنّ الشیخ(۲) رواها بإسناده عن یونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه عن أحدهما علیهماالسلام .

وثانیاً: أنّ المراد بالخطأ لیس الخطاء المحض بل شبه العمد حیث تکون الدیه علی القاتل بقرینه قوله فی السؤال: «ومات قبل أن یخرج إلی أولیاء المقتول من الدیه» فتدلّ علی أنّ الدیه فی فرض موت القاتل علی ورثته یعنی عاقلته وإلّا علی بیت المال، وعلی ما ذکر لا۔ یمکن العمل بها فإنّ القاتل إذا لم تکن له ترکه لا یکون شیء علی ورثته، فإنّ الدیه فی القتل المفروض دین علی القاتل تؤدّی من ترکته فمع عدم الترکه فإن اقتضت المصلحه تؤدّی من بیت المال.

هل یدخل الآباء والأولاد فی العقل؟

[۱] تعرّض الماتن قدس سره لدخول آباء الجانی وأولاده فی عاقلته فی استیفاء دیه الخطأ المحض، وحکی عن الشیخ فی المبسوط والخلاف(۳) عدم دخولهم، وبما أنّ الآباء والأولاد أدنی الأقرباء للجانی وفسّروا العصبه بأدنی القوم فلا۔ یمکن المساعده لما قال الشیخ قدس سره وتبعه بعض الأصحاب، ولعلّ العمده فی منعهم ما ورد فی صحیحه محمد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام علی امرأه اعتقت رجلًا واشترطت ولاءه ولها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الذین یعقلون عنه دون

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۷ ، الباب ۶ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) التهذیب ۱۰ : ۱۷۲ ، الحدیث ۱۶.

۳- (۳) المبسوط ۷ : ۱۷۳ ، الخلاف ۵ : ۲۷۷ ، المسأله ۹۸.

ولا يشركهم القاتل فى الضمان[۱]. ولا تعقل المرأه[۲]، ولا الصبى، ولا المجنون، وإن ورثوا من الديه.

الشَرح:

ولدها(۱). فكانت الصحيحه تدلّ على عدم دخول الولد فى العصبه يعنى عاقله المرأه الذين يعقلون عن الرجل المشروط ولاؤه. إذا ماتت المرأه التى أعتقت الرجل.

وبالجمله، الولد خارج عن عصبه الأُم إذا ماتت لا يرث ولدها ولاء الرجل المعتق، بل يكون ولاء الرجل المعتق لغير ولدها من عصبتها.

ولكن لا يمكن الاستدلال بالصحيحه على عدم دخول الولد فضلاً عن الأب عن عصبه الرجل أو المرأه وذلك فإنّ غايه مدلول الصحيحه أنّ الولد لا يدخل فى عصبه المرأه المعتقه إذا ماتت حيث ورد فيها قضى علىّ عليه السلام بأنّ ولاء الرجل الذى كان للمرأه. التى ماتت لعصبتها التى يعقلون عن الرجل المشروط ولاء الرجل(۲).

ولو كان الولد داخلاً فى عصبه المرأه كان ولاؤه لولدها فإنّه أدنى القوم للمرأه.

والحاصل أنّه لا تدلّ الصحيحه إلّا على أنّ ولاء المشروط للأُم بعد موت الأُم لا تصل من عصبه الأُم إلى ولدها وكأنّ الولد فى هذه الصوره لا تصل إليه ولاء المشروط للأُم، ولا بأس بالالتزام بذلك لدلاله الصحيحه التى لا تعمّ لعدم دخول الولد فى العصبه حتّى فى ولاء المشروط لأبيه المعتق بالكسر فضلاً من عدم دخول الأب أيضاً فى العصبه.

[۱] بغير خلاف يعرف من أصحابنا قديماً وحديثاً حيث إنّ العاقله تضمن جنايته حيث كانت جنايته من الخطأ المحض.

لا تعقل المرأه ولا الصبى ولا المجنون

[۲] أمّا خروج المرأه عن العاقله فإنّ العاقله كما تقدّم حتّى بناءً على دخول

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۳ : ۷۰، الباب ۳۹ من أبواب كتاب العتق، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۳ : ۷۰، الباب ۳۹ من أبواب كتاب العتقع الحديث الأوّل.

ولا يتحمّل الفقير شيئاً[١]. ويعتبر فقره عند المطالبه، وهو حول الحول.

الشَرح:

الأقارب الأُمّى فى العاقله واشتراكهم إنّما يكون الذكور منهم، وأمّا المرأه فلا تكون من العصبه أصلًا، وقد عرفت أنّ الذكور من قرابه الأُم وارد فى روايه سلمه بن كهيل(١) ولا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها وغيره.

وأمّا الصبى والمجنون فإنّهما مرفوع عنهما قلم التكليف والوضع الملازم له، ولا ينافى عدم تحمّلهما الديه كونهما من العصبه وكونهما من الوارثين إذا قتل الجانى من ديته لما ذكرنا أنّ كلّا منهما مرفوع عنهما القلم.

لا يتحمّل الفقير شيئاً من الديه

[١] كما هو ظاهر جماعه من الأصحاب، بل فى الجواهر دعوى عدم الخلاف فيه(٢). ولكن إذا كان بحيث يتمكّن من الأداء ولو بالإمهال لا يبعد تحمّله أيضاً فإنّه لا يكون عصبه الجانى جميعهم من الأغنياء غالباً، كما لا يكون الغنى شرطاً مقوّماً لعنوان العصبه كما لا يخفى ودعوى الإجماع فى المسأله غير ظاهره.

ويمكن دعوى أنّ تحمّل الديه ليس حكماً وضعيّاً بأن تكون على ذمّتهم بالجنايه ديناً بل هو مجرّد تكليف عند حولان الحول فمن كان فقيراً عنده لم يكن عليه تكليف ففى النتيجه يعتبر فى وجوبها على أفراد العصبه غناهم، ولكنّ الأحوط إعطاء الفقير أيضاً عند حولان الحول إذا أمكنه أداءها ولو بالتأخير.

وبالجمله، ولو لم يكن للعاقله الجانى ضمان فى قتله خطأً، ولكن يوجد التكليف بإخراج ديه الجانى عند حولان الحول، ولكن إن أُحرز الإجماع التعبّدى لما ذكره الماتن من عدم تحمّل الفقير شيئاً من الديه إذا كان فقيراً عند حولان الحول يلتزم به، وإن لم يتم فيما أنّ الفقير أيضاً من عصبه الجانى وأمكن له الاشتراك مع سائر

١- (١) تقدمت تحت عنوان تفسير العصبه.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٣ : ٤٢١.

ولا يدخل فی العقل[۱] أهل الديوان. ولا أهل البلد، إذ لم يكونوا عصبه وفی روايه سلمه، ما يدلّ علی إلزام أهل بلد القاتل، مع فقد القرابه، ولو قتل فی غيره، وهو مطرح.

ويقدّم من يتقرّب بالأبوين[۲]، علی من انفرد بالأب.

الشَرح:

أفراد العصبه ولو بالإمهال فلا موجب للقول بأنّه لا شیء عليه.

لا يدخل فی العقل أهل الديوان ولا أهل البلد

[۱] يعنی لا يؤخذ ديه المجنی عليه فی قتل الجانی خطأً بل فی جنايته بالجرح خطأً من أهل الديوان، وأهل الديوان علی ما ذكروه الذين مهّدوهم للجهاد وأدّوا لهم أرزاقهم وسجلت أسماؤهم، وهذا عندنا لا اعتبار به ولا يؤخذ من أهل ما يسمّون الديوان شیء من الديه إلّا إذا كان من يؤخذ منه من عصبه الجانی، ومعلوم أنّ ما يسمّونه بالديوان لم يكن فی زمان النبی صلی الله عليه و آله ويقال اخترعه الثانی ولا اعتبار لمن يدخل فی ذلك ولم يكن من عصبه الجانی كما هو الحال فی أهل البلد الذی يكون بلد الجانی فإن أهل ذلك البلد إذا لم يكن فيهم من عصبه الجانی فلا يؤخذ منهم شیء، وما ورد فی روايه سلمه بن كهيل(۱) متروك لضعف الروايه من جهات علی ما تقدّم مع صدور الجنايه خطأً عن الجانی فی غير ذلك البلد.

تقديم من يتقرب بالأبوين

[۲] يعنی يؤخذ ديه الجانی خطأ ممّن يتقرّب إلی الجانی بالأبوين كافيه من جهه أبويه ولا يؤخذ من أخيه المتقرّب إليه من جهه أبيه خاصّه وقد ادّعی عدم الخلاف فی ذلك.

ولكن لا يخفی أنّه لا فرق بين الأخوين فی كونهما من عصبه الجانی، والمقام

۱- (۱) المتقدمه تحت عنوان تفسير العصبه.

ويعقل المولى من أعلى، ولا يعقل[١] من أسفل.

الشَرح:

غير مربوط بإرث الآخرين من الجانى حتّى يكون الأخ المتقرّب إلى الجانى بأبويه وارثاً دون المتقرّب بأبيه فقط، بل المقام يذكر حكم من يؤخذ منه ديه الخطأ الذى ارتكبه الجانى، وإذا فرض أنّ الديه على عصبه الجانى فلا فرق فى العصبه بين الأخوين فى كونهما من عصبه الجانى. ودعوى أنّه ورد فى صحيحه البزنطى ما يدلّ على أنّه يلاحظ فى العصبه أيضاً الأقرب فالأقرب، وكذا فى موثقه أبى بصير(١)، فإنّه روى البزنطى، عن أبى جعفر الثانى عليه السلام فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: «إن كان له مال أُخذ منه وإلاّ أُخذ من الأقرب فالأقرب(٢). ومثلها روايه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام (٣). لا يمكن المساعده عليها فإنّ الروايتين واردتان فى القتل عمداً، ويمكن اختلاف الحكم فيه مع الحكم فى القتل خطأً فلا يمكن رفع الحكم فى الثانى باختلاف الحكم فى الأوّل.

يعقل المولى من أعلى

[١] كما ذكر تفصيل ذلك فى كتاب الإرث والمراد بالمولى من الأعلى المولى المعتق بالكسر، فإنّ العبد إذا لم يكن عتقه سائبه ولاـ ممّن ينعتق على مولاه قهراً بتنكيل مولاه أو لم يتبرّأ مولاه من جريرته يكون ولاؤه لمولاه المعتق، ومع عدم المال له يكون ولاؤه لمولى المولى المعتق، وهكذا على ما تقدّم فى كتاب الإرث ويقال لمولى المعتق بالكسر المولى المنعم، ويقال للعبد المعتق بالفتح المولى الأسفل، فإنّ المولى من الأعلى يعقل دون المولى من الأسفل.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٥ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٥ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث ٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٥ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

وتحمل العاقله دیه الموضحه فما زاد قطعاً. وهل تحمل ما نقص؟ قال فی الخلاف: نعم، ومنع فی غیره، وهو المروی[۱]، غیر أنّ فی الروایه ضعفاً.

وتضمن العاقله دیه الخطأ فی ثلاث سنین[۲]، کلّ سنه عند انسلاخها ثلثاً، تامّه کانت الدیه أو ناقصه، کدیه المرأه ودیه الذمّی.

الشَرح:

[۱] یعنی عدم تحمّل العاقله الدیه ما قبل الموضحه مروی، وهی روایه أبی مریم الأنصاری وهی موثقه، بل صحیحه علی الأصح، فإنّه رواها الکلینی عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن فضال یعنی الحسن بن فضال، عن یونس بن یعقوب، عن أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه لا یحمل علی العاقله إلّا الموضحه فصاعداً، وقال: ما دون السمحاق أجر الطبیب سوی الدیه(۱). وقد تکلّمنا فی بحث الصلاه عن حال إبراهیم بن هاشم، وابن فضال قد رجع عن الفطحیه علی الأصح، وغایه الأمر تکون الروایه موثّقه، ولعلّ مراد الماتن من ضعفها ضعف المدلول، فإنّ ما ورد فیها من ضمان أجر الطبیب زائداً علی دیه الشجّه والجرح لم یظهر العمل به، بل هو علی خلاف مقتضی الدیه، ولکن بشمول الروایه لحکم لم یعمل به الأصحاب وکونها خلاف مقتضی الحکم الآخر الوارد فیها لا یترک أصل الروایه، فإنّ مقتضی الاستناد فیها عدم تحمّل ما دون الموضحه علی العاقله بل علی نفس الجانی کما هو مقتضی قوله سبحانه: «ولا تزر وازره وزر أُخری»(۲).

تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین

[۲] والأظهر عدم الفرق فی دیه النفس بین نفس الرجل والمرأه بین الصغیر والکبیر، بل بین دیه المسلم أو الکافر الذمّی بل بین دیه النفس ودیه الأطراف بل بین الدیه والأرش، فإنّ الأداء فی ثلاث سنین یعمّ جمیع ذلک ما فی صحیحه أبی ولاد،

۱- (۱) الکافی ۷ : ۳۶۵ ، الحدیث ۴.

۲- (۲) سوره الأنعام: الآیه ۱۶۴.

....

الشَرح:

عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام یقول: «تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین، وتستأدی دیه العمد فی سنه»(۱) وإطلاقها یعمّ دیه النفس والأطراف بلا تأمّل بل أرش الجروح أیضاً، حیث إنّ الأرش دیه غیر مقدّره، بل ورد فی جنایه الأعمی أنّه تحسب خطأً یلزم علی عاقلته فی ثلاث سنوات وإن لم یکن للأعمی عاقله تؤخذ من ماله(۲). فالتعبیر بالجنایه یعمّ موارد الأرش فضلًا عن دیه الأطراف التی ورد فیها معتبره أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه لا یحمل علی العاقله إلّا الموضحه وصاعداً، وقال: ما دون السمحاق أجر الطبیب سوی الدیه(۳). یعنی السمحاق وما دونه زائداً علی دیته علی الجانی أجر الطبیب أیضاً، وقد تقدّم أنّه لا یمکن أن یلتزم بأجر الطبیب علی الجانی؛ لأنّ الدیه عوض الجنایه.

ثمّ إنّه قد ذکرنا أنّ جنایه الخطأ علی عاقله الجانی وإذا لم یکن له عاقله ولا ولاء جریره تکون فی بیت المال.

ویستثنی من ذلک جنایه الأعمی فإنّ جنایته تعدّ من الخطأ وإذا لم تکن للأعمی عاقله تکون جنایته فی ماله.

کما یدلّ علی ذلک صحیحه محمّد الحلبی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عیناه علی خدّیه فوثب المضروب علی ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه علیه السلام : هذان متعدّیان جمیعاً فلا أری علی الذی قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حین قتله وهو أعمی، والأعمی جنایته خطأ یلزم عاقلته یؤخذون بها فی ثلاث سنین فی کلّ سنه نجماً فإن لم یکن للأعمی عاقله لزمته دیه ما

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۵ ، الباب ۴ من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.
۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۹ ، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.
۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۶ ، الباب ۵ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

أما الأرش فقد قال فی المبسوط: یُستأدی فی سنه واحده عند انسلاخها، إذا کانت ثلث الدیه فما دون؛ لأنّ العاقله لا تعقل حالاً، وفیه إشکال ینشأ من احتمال تخصیص التأجیل بالدیه لا بالأرش. قال: ولو کان دون الثلثین، حلّ الثلث الأوّل عند انسلاخ الحول، والباقی عند انسلاخ الثانی. ولو کان أکثر من الدیه، کقطع یدین وقلع عینین، وکان لاثنین، حلّ لکلّ واحد عند انسلاخ الحول ثلث الدیه. وإن کان لواحدٍ حلّ له الثلث، لکلّ جنایه سدس الدیه، وفی هذا کلّه الإشکال الأوّل.

ولاـ تعقل العاقله، إقراراً ولا صلحاً[۱] ولاـ جنایه عمد، مع وجود القاتل، ولو کانت موجبه للدیه، کقتل الأب ولده، أو المسلم الذمی، أو الحرّ المملوک. الشَرح:

جنی فی ماله یؤخذ بها فی ثلاث سنین ویرجع الأعمی علی ورثه ضاربه بدیه عینیه(۱).

وحمل الروایه علی ما إذا قصد الأعمی الضرب دون القتل ویکون ما فعله الأعمی مورد الخطأ حقیقه لا یمکن المساعده علیه، فإنّ ظاهر قوله علیه السلام : «الأعمی جنایته خطأ یلزم عاقلته» عمومه لکلّ أعمی، بل یعمّ کلّ جانٍ خطأً فی کون جنایته فی ماله مع عدم العاقله.

وبالجمله، کما تؤدی دیه النفس حتّی دیه الذمّی فی ثلاث سنین کذلک دیه الأطراف الأرش خطأً قلّ أو کثر.

والالتزام بأنّ دیه الأطرف إذا کان أقلّ من مقدار ثلث الدیه تعطی فی سنه واحده وإن کان أقلّ بمقدار الثلثین یعطی فی سنتین، وإن کانت زائده علی الثلثین یؤدی الزائد فی السنه الثالثه لا یمکن رفع الید عن إطلاق ثلاث سنین بذلک قلّ أو کثر.

العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً

[۱] ظاهر ما تقدّم فیتحمّل العاقله جنایه الخطأ فرض ثبوت الجنایه خطأً، ومن

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۹، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

ولو جنى على نفسه خطأ، قتلًا أو جرحاً طَلَّ ولم يضمنه العاقله.

وإن كانت خطأً دون عاقلته، ومع عجزه عن الديه، فعاقلته الإِمام؛ لأنّه يؤدى إليه ضريبته[١].

الشَرح:

الظاهر ثبوت ما ذكر يكون بالبيّنه كسائر الأشياء والموضوعات، ولا يثبت بإقرار الجانى فإنّ إقراره يكون على الغير لا على النفس، وكذلك الصلح يكون نافذاً بالمتصالحين والعاقله خارجه عنها فلا يكون نفوذ فى حقّ العاقله.

وفى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»(١).

جنايه الذمى فى ماله

[١] ويدلّ على ذلك موثقه زيد بن على، عن آبائه عليهم السلام قال: لا تعقل العاقله إلّا ما قامت عليه البيّنه، قال: وأتاه رجل فاعترف عنده فجعله فى ماله خاصّه ولم يجعل على العاقله شيئاً(٢). ويؤيّدهما روايه أبى بصير: لا تضمّن العاقله عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(٣). وأيضاً ما ورد فى ضمان العاقله ما إذا كانت جنايه الجانى خطأً على الغير، وأمّا إذا جنى على نفسه خطأً أو عمداً تكون هدراً فلا يضمنها العاقله أو غير العاقله.

قد تعرّض جماعه من الفقهاء لولاء العتق وضمان الجريره ولواء الإمامه فى مسائل الإرث بمناسبه كونهما من موجبات الإرث.

أمّا ولاء العتق فإن كان عتق المولى عبده أو أمته سائبه فلا يكون له ولاء العتق، كما إذا كان عتقه من الواجب عليه كالكفّاره، وقد عنون فى الوسائل باباً من أنّ المعتق

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩۴ ، الباب ٣ من أبواب العاقله، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٨ ٣٩٩ ، الباب ٩ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩۴ ، الباب ٣ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

بالفتح واجباً سائبه لا ولاء لأحد عليه إلّا ضامن الجريره أو الإمام أو تبرّأ المولى من جريرته وكذا الحال فى من نكلّ بمملوكه.

وقد نقل فيها روايات.

منها: قوله عليه السلام انظر فى القرآن فما كان فيه «فتحرير رقبه» فتلك يا عمّار السائبه التى لا ولاء لأحد من الناس عليها إلّا اللّه عزّ وجلّ، فما كان ولاؤه للّه عزّ وجلّ فهو لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وما كان ولاؤه لرسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّ ولاءه للإمام وجنايته على الإمام وميراثه له(۱). إلى غير ذلك وهذا بالإضافه إلى المعتق الذى لم يتّخذ ولاء ضمان الجريره من شخص آخر.

ويلحق بذلك المولى الذى أعتق عبده أو أمته تحصيلاً لثوابه وتبرّأ حين عتقه من جريرته فإنّ المعتق فى هذه الصوره أيضاً سائبه فإن لم يتخذ ضامن جريره يكون ولاؤه للإمام عليه السلام وقد ذكرنا أنّ المولى إذا أخذ من عبده فريضه أى مال الكتابه يكون عند عتقه سائبه فيجوز أن يتخذ ضامن جريره كما أنّ تنكيل المولى عبده أو أمته يوجب انعتاق العبد والأمه، كما فى معتبره أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنّه حرّ لا سبيل عليه سائبه، يذهب فيتولى من أحبّ فإذا ضمن جريرته فهو يرثه(۲).

ونظير ذلك إذا عمى العبد أو أُقعد أو جذم انعتق لا ما إذا صار أعور أو أشل أو أعرج.

وقد ذكرنا أنّ العبد أو الأمه مع فرض المال لهما عند موتهما وكان لهما قرابه نسبى ولكنّه رقّ يشترى من مال العبد ويعتق ويعطى المال له ولا تصل النوبه إلى أن

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۳ : ۷۷ ، الباب ۴۳ من أبواب العتق، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۲۴۵ ، الباب الأوّل من أبواب ولاء ضمان الجريره، الحديث ۶.

ولا يعقل مولى المملوک جنايته، قِنّاً كان أو مدبراً أو مكاتباً أو مستولده على الأشبه.

وضـامن الجريره يعقل[۱]، ولاـ يعقـل عنه المضـمون. ولاـ يجتمع مع عصـبه، ولا معتق؛ لأنّ عقـده مشـروط بجهاله النسب وعـدم المولى. نعم لا يضمن الإِمام عليه السلام مع وجوده ويُسره، على الأشبه.

الشَرح:

يرثه المولى المعتق أو ضـامن الجريره أو الإمـام. وقـد تقـدّم أنّه لو كان للعبـد قريب نسـباً وكـذا الجاريه ولهما مال اكتسـبا وماتا القريب نسـباً يشترى بمالهمـا ويعتق ويـدفع إليه مالهمـا ففى صـحيحه جميـل بن دراج، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام فى مكاتب يموت، وقـد أدّى بعض مكاتبته، وله ابن من جاريه، وترک مالاً قال: يؤدّى ابنه بقيّه مكاتبته ويعتق ويرث ما بقى(۱). نعم، إذا لم يكن المعتق سـائبه فمولاـه يعقـل جنايته ويرثه إذا لم تكن له قرابه، ويـدلّ على ذلک النصوص الـدّاله على أنّ ولاء العبـد لمولاه الذى أعتقه بانضـمام ما دلّ من النصوص على أنّ الولاء يستلزم العقل. فمن الطائفه الأُولى صحيحه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام فى امرأه أعتقت رجلاًـ لمن ولاـؤه؟ ولمن ميراثه؟ قال: للـذى أعتقه، إلّا أن يكون له وارث غيرها(۲). ومن الطائفه الثانيه صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا ولى الرجل الرجل فله ميراثه وعليه معقلته»(۳).

يعقل ضامن الجريره

[۱] وعقّبه فى الجواهر بقوله: «إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضه»(۴)

ص: ۳۶۶

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۵۹ ، الباب ۲۳ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۶.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۳ : ۶۲ ، الباب ۳۵ من أبواب العتق، الحديث ۳.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۶ : ۲۴۴ ، الباب الأوّل من أبواب ولاء ضمان الجريره، الحديث ۲.

۴- (۴) جواهر الكلام ۴۳ : ۴۳۲.

....

الشَرح:

والعمده هی نصوص الباب.

منها صحیحه إسماعیل بن الفضل قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الرجل إذا اعتق، أله أن یضع نفسه حیث شاء ویتولی من أحبّ؟ فقال: إذا أُعتق للّه فهو مولی للّذی أعتقه، وإذا أُعتق فجعل سائبه، فله أن یضع نفسه ویتولّی من شاء(۱).

ومنها صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی من أعتق عبداً سائبه أنّه لا ولاء لموالیه علیه، فإن شاء توالی إلی رجل من المسلمین فلیشهد أنّه یضمن جریرته، وکلّ حدث یلزمه، فإذا فعل ذلک فهو یرثه، وإن لم یفعل ذلک کان میراثه یردّ علی إمام المسلمین(۲).

ومنها صحیحه سلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن مملوک أعتق سائبه؟ قال: یتولّی من شاء، وعلی من تولّاه جریرته وله میراثه قلت: فإن سکت حتّی یموت، قال: یجعل ماله فی بیت مال المسلمین(۳).

وذکر قدس سره أنّ دیه جنایه الکافر الذمّی حتّی ولو کانت خطأً فی ماله دون عاقلته وإن لم یکن له مال فجنایته فی بیت المال.

کما یشهد بذلک صحیحه أبی ولّاد، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: لیس فیما بین أهل الذمّه معاقله فیما یجنون من قتل أو جراحه إنّما یؤخذ ذلک من أموالهم فإن لم یکن لهم مال رجعت الجنایه علی إمام المسلمین؛ لأنّهم یؤدّون إلیه الجزیه کما یؤدّی العبد الضریبه إلی سیّده قال: وهم ممالیک للإمام فمن أسلم منهم فهو حرّ(۴).

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۳ : ۶۳ ، الباب ۳۶ من أبواب العتق، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۶ : ۲۵۰ ، الباب ۳ من أبواب ولاء ضمان الجریره والإمامه، الحدیث ۱۲.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۳ : ۷۳ ، الباب ۴۱ من أبواب کتاب العتق، الحدیث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۱ ، الباب الأوّل من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

حيث يستفاد منها أنّ جنايه الذمّى على بيت المال، حيث إنّ الجزيه المعطاه من مال بيت المال، وولايه بيت المال للإمام عليه السلام ولو بنصبه أو توليته من يتصدّى له فى زمان حضوره عليه السلام .

والحاصل أنّه إذا لم يكن للذمّى مال يعطى ديه جنايته من بيت المال الذى الولايه عليه للإمام عليه السلام لا من سهم الإمام عليه السلام الذى مقابل سهم الساده الكرام، وحيث إنّ مصرف بيت المال مصالح المسلمين لا يكون ضمان بيت المال إلاّ فى مورد المصلحه لا مطلقاً.

(أمّا كيفيّه التقسيط) فإنّ الديه تجب ابتداءً على العاقله لا يرجع بها على الجانى على الأصحّ[١]

الشَرح:

فی التقسيط

هل ثبوت الديه على العاقله وجوب تكليفى أو نحو ضمان

[١] المشهور عند علمائنا أنّ ضمان ديه الجنايه خطأً على العاقله لا أنّ التكليف بأداء ديه الجنايه خطأً متوجّه إلى عاقله الجانى، وأمّا ضمان ديه الجنايه على نفس الجانى كما هو المحكى عن الشيخ المفيد وسلّار(١).

ويستدلّ على ما ذهبا إليه من كون ضمان الجنايه على الجانى بقوله سبحانه: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلّا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه وديه مسلّمه إلى أهله إلّا أن يصّدّقوا»(٢) فإنّ ظاهر الآيه كون الديه على القاتل خطأً ككفّاره القتل.

وأمّا الروايات فمنها ما هو صريح فى ضمان القاتل كصحيحه أبى العباس، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفّاره، أهو أن يعتمد ضرب رجل ولا يعتمد قتله؟ فقال: نعم، قلت: رمى شاه فأصاب إنساناً، قال: ذاک الخطأ الذى لا شكّ فيه، عليه الديه والكفّاره(٣).

ومنها ما هو ظاهر فى ذلک كصحيحه زراره قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : رجل قتل فى الحرم؟ قال: عليه ديه وثلث ويصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قال: قلت:

١- (١) حكاه ابن فهد الحلى فى المهذب البارع ٥ : ٤٢٢ ، وانظر المقنعه: ٧٣٧ ، والمراسم: ٢٤١.

٢- (٢) سوره النساء: الآيه ٩٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٨ ، الباب ٣ من أبواب ديات النفس، الحديث ٣.

....

الشَرح:

هـذا يـدخل فيه العيـد وأيّـام التشـريق؟ فقال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(۱). ونحوهـا بـل أظهر منهـا صـحيحته الأُخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السـلام عن رجل قتل رجلًا خطأً فى أشهر الحرم؟ فقال: عليه الديه وصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق، قال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(۲).

وبـالجمله، ظـاهر الآ ـيه المبـاركه هو أنّ الـديه كالكفّـاره فى القتـل خطأً على الجانى، ولو كنّا نحن والآيه التزمنا بأنّ فى القتل فى الخطأ المحض أيضـاً ديه الجنـايه على الجـانى فعليه أن يؤدّى الـديه إلى أوليـاء المقتول، ولكن رفعنا اليـد بما ورد فى القتل فى الخطأ المحض بأنّ الديه تتحمّلها العاقله(۳). ولا يستفاد من ذلك إلّا التكليف بأدائها وأمّا ضمانهم الديه فلا تستفاد من الروايات الوارده فى العاقله، بل مقتضى ما ذكر من الروايات ضمانها على الجانى.

لا يقال: ورد فى البين روايات ظاهرها ضـمان العاقله الديه فى الخطأ المحض كما عليه المشهور كمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السـلام قال: العاقله لا تضـمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(۴). فإنّ المتفاهم منها ضـمان العاقله فى الخطأ المحض مع ثبوته بغير الإقرار والصلح كما فى ثبوته بالبيّنه.

فإنّه يقال: الروايه ضـعيفه فإنّ فى سـندها النوفلى الراوى عن السـكونى كروايه أبى بصـير، عن أبى جعفر عليه السـلام : لا تضمن العاقله عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(۵)، حيث

ص: ۳۷۰

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۳.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب ديات النفس، الحديث ۴.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۹ : ۴۰۰ ، الباب ۱۱ من أبواب العاقله، الحديث ۱ و۳.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۴ ، الباب ۳ من أبواب العاقله، الحديث ۲.

۵- (۵) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۴ ، الباب ۳ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

إنّ فی سندها علی بن أبی حمزه.

أقول: أمّا الآیه المبارکه(۱) فلا یختصّ مدلولها بالقتل بالخطأ المحض، بل تعمّ مطلق الخطأ ولو کان ما یعبّر عنه بشبه الخطأ، فإنّ الکفّاره ثابته فی کلا القسمین من الخطأ بنحو الترتّب، وغایه دلالتها ظهورها فی أنّ الکفاره واجبه علی القاتل خطأً وکذلک الدیه، ولا مانع من رفع الید عن ظهورها فی کون الدیه علی القاتل خطأً فی القاتل بنحو الخطأ المحض بقیام الدلیل عل کون الدیه فیه علی عاقله الرجل الجانی أو المرأه الجانیه.

وممّا ذکرنا فی الآیه یظهر الحال فی صحیحه أبی العباس(۲) وصحیحتی زراره(۳)، فإنّ الخطأ الوارد فی صحیحه الفضل بن عبد الملک أیضاً کما فی الآیه مطلق یمکن رفع الید عن الإطلاق فی الخطأ المحض من قوله علیه السلام : «ذاک الخطاء الذی لا شکّ فیه وعلیه الکفاره والدیه»، بما إذا لم یکن له عاقله، والحال فی صحیحه زراره أیضاً کذلک.

وعلی ذلک فنقول: روایه السکونی معتبره حتّی عند القائل بصحه فتوی المفید، وتوجیه الاستدلال للفتوی المزبور مع أنّه لم یرد فی شیء من الروایات التعرّض بأنّ العاقله إذا أدّوا الدیه فی الخطأ المحض یأخذون بدله عن الجانی، بل حکم علیه السلام فی صحیحه محمد الحلبی بعد ذکر أنّ: الأعمی جنایته خطأً یلزم عاقلته یؤخذون بها فی ثلاث سنین فی کلّ سنه نجماً فإن لم یکن للأعمی عاقله لزمته دیه ما جنی فی ماله(۴).

۱- (۱) سوره النساء: الآیه ۹۲.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۸ ، الباب ۱۱ من ابواب القصاص فی النفس، الحدیث ۹ وقد تقدمت آنفاً.

۳- (۳) وسائل الشیعه ۲۹ : ۲۰۴ ، الباب ۳ من أبواب دیات النفس، الحدیث ۳ و۴.

۴- (۴) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۹ ، الباب ۱۰ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

وفى كيفيه التقسيط قولان: أحدهما على الغنى عشره قراريط[١]، وعلى الفقير خمسه قراريط، اقتصاراً على المُتَّفق. والآخر يقسّطها الإمام على ما يراه، بحسب أحوال العاقله، وهو أشبه.

الشَرح:

وقد ورد فى جنايه المعتوه فى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمداً(١). وفى صحيحه محمد بن مسلم، عن أبى عبداللّٰه عليه السلام قال: عمد الصبى وخطأه واحد(٢). ومن الظاهر عدم الفرق بين جنايه المجنون والصبى.

كيفيه التقسيط

[١] ذكر قدس سره فى تقسيط الديه على العاقله قولان:

أحدهما: على الغنى من العاقله عشره قراريط أى نصف دينار وعلى الفقير خمسه قراريط أى ربع دينار(٣)، وعلّل ذلك بأنّ ثبوت المقدار المذكور على كلّ من الغنى والفقير متّفق عليه ويدفع الزائد على ما ذكر بالأصل.

والقول الثانى: أنّ تقسيط الديه على العصبه للإمام على حسب ما يراه من أحوال العاقله(۴).

ولكن لا يخفى أنّ الأمر الثانى يعنى ملاحظه الإمام أحوال العاقله بناءً على كون الديه على العاقله حتّى فيما كان الفقير من العاقله كسوباً، إنّما هو بالإمهال للفقير

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ۴٠٠ ، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ۴٠٠ ، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٢.

٣- (٣) وهو قول الشيخ فى المبسوط ٧ : ١٧۴ ، والخلاف ۵ : ٢٨٢ ، المسأله ١٠۵ ، والقاضى فى المهذب ٢ : ۵٠۴ ، واختاره العلامه فى القواعد ٣ : ٧١١ ، والإرشاد ٢ : ٢٣٠.

۴- (۴) وهو القول الآخر للشيخ فى المبسوط ٧ : ١٧٨ ، والخلاف ۵ : ٢٧٩ ، المسأله ١٠٠ ، وابن ادريس السرائر ٣ : ٣٣٢ ، والمصنف هنا وفى المختصر النافع: ٣٠٨ ، وغيرهم.

وهل يجمع بين القريب والبعيد؟ فيه قولان: أشبههما الترتيب فى التوزيع[۱].

وهل تؤخذ من الموالى مع وجود العصبه؟ الأشبه: نعم، مع زياده الديه عن العصبه. ولو اتسعت أُخذت من عصبه المولى.

الشَرح:

لا أخذ الأقلّ منهم، ومقتضى تحمّل العاقله أو ضمانهم الديه عدم الفرق بين أفرادهم، وإنّما كان الفرق فيما إذا كان إعطاء ديه الجانى من بيت المال حيث إنّ للإمام أن يلاحظ المصلحه فى صرف بيت المال ومورد إعطاء ديه الجانى من مصارف بيت المال كما استظهرنا ذلك من صحيحه أبى ولّاد المرويّه فى الباب الأوّل من أبواب العاقله.

والاستدلال على القول الأوّل غير تام أيضاً لعدم الاتفاق على نصف دينار وربع دينار حتّى يكون الزائد مورد الأصل العملى؛ لأنّ حكايه القولين فى نفسها قرينه على عدم الإجماع على التفصيل فلا مورد فى المسأله لدعوى الإجماع.

والحاصل أنّ مقتضى ما ذكرنا هو تعيّن قول ثالث فى التقسيط وهو عدم الفرق بين الغنى والفقير.

[۱] لم يظهر كون التوزيع على ترتيب التوارث أشبه لما ذكرنا من أنّ الوارث يأخذ ما ترك الميّت وقوله سبحانه: «وأُولو الأرحام بعضهم أولى ببعض»(۱) ناظر إلى ذلك، ولكنّ العصبه يؤخذ منهم ديه الجانى خطأً ومقتضى المناسبه أن تؤخذ الديه من كلّ فرد من العصبه بعد التسالم على أخذ الديه منهم بل وضمانهم الجنايه التى تكون خطأً محضاً.

وما ورد من الأخذ من ورثه الجانى إذا مات قبل إعطاء الديه كما فى مرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الديه أنّ الديه على ورثته(۲).

۱- (۱) سوره الأنفال: الآيه ۷۵.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۹ : ۳۹۷ ، الباب ۶ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وما ورد فی معتبره أبی بصیر قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل رجلًا متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم یقدر علیه؟ قال: إن کان له مال أُخذت الدیه من ماله، وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب. الحدیث(۱).

فلا دلاله لهما علی دیه القتل بالخطأ المحض التی لیس علی القاتل، والمرسله مع ضعفها بالإرسال فی ما إذا کانت الدیه علی نفس الجانی کما هو الحال فی معتبره أبی بصیر.

وأمّا ما ورد فی صحیحه ابن أبی نصر عن أبی جعفر علیه السلام (۲) فهو أیضاً فی مورد القتل العمدی لا فی الأخذ من العاقله فی القتل بالخطأ المحض.

ثمّ إنّ ما ذکرنا من ثبوت الدیه خطأً علی العاقله من غیر فرق بین الغنی والفقیر بالإضافه إلی الفقیر الکسوب حیث یتمکّن من الأداء ولو بالإمهال.

وأمّا بالإضافه إلی من لا یتمکّن من الاکتساب وتحصیل المال یکون التوزیع علی المتمکّنین من الأداء، من غیر فرق بین أن یقال بأنّ التوزیع علی العاقله فی مجرّد التکلیف بالأداء لا فی ضمان الدیه وأنّ ضمان الدیه علی الجانی ولو کانت جنایته بالخطأ المحض، أو قلنا بما ذکرنا من أنّ ظاهر ما دلّ علی أنّ جنایه الخطأ المحض علی العاقله ونحوها کون التکلیف والضمان علی العاقله إلاّ فی صوره عدم العاقله للجانی حیث تؤخذ الدیه من مال الجانی، غایه الأمر اختصاص توزیع الدیه علی المتمکّنین من العاقله لا عن العاجز عن الأداء أظهر، فإنّ ما دلّ علی أنّ ضمان الجنایه بالخطأ المحض علی العاقله ینصرف عن الذی من العاقله ولا یتمکّن من الأداء.

ص: ۳۷۴

۱- (۱) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۵ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۲۹ : ۳۹۵ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحدیث ۳.

ولو زادت فعلى مولى المولى، ثمّ عصبه مولى المولى. ولو زادت الديه عن العاقله أجمع، قال الشيخ: يؤخذ الزائد من الإمام[١] حتّى لو كانت الديه ديناراً وله أخ، أُخذ منه عشره قراريط، والباقى من بيت المال. والأشبه إلزام الأخ بالجميع إن لم يكن عاقله سواه؛ لأنّ ضمان الإمام مشروط بعدم العاقله أو عجزهم عن الديه.

الشَرح:

[١] قد ذكرنا أنّه لا تقدير لمقدار الديه الذى يؤخذ من أفراد العصبه كما أنّه لا ترتيب بين أفراد العصبه بحيث يقدّم بعضها على بعض بحسب الترتيب بين مراتب الإرث، وعلى ذلك فلو كانت الديه زائده تستوفى من جميع أفراد العصبه إلّا من ذكر عدم الاستيفاء منه.

نعم، إذا لم يمكن الاستيفاء منهم لزياده الديه فمع عدم الولاء تؤخذ المقدار الذى لا يتيسّر استيفاؤه من أفراد العصبه من بيت المال حيث إنّ مصارفها مصالح الرعيّه.

وعلى ما ذكر فإن كان للجانى خطأً محضاً أخ ولا يتمكّن من أداء الديه بتمامها يؤخذ منه المقدار الميسور له ويتدارك باقيها من بيت المال لا يؤخذ منه مقدار نصف دينار ويؤخذ باقيها من الإمام كما هو المحكى(١) عن الشيخ قدس سره .

وما ذكره الماتن قدس سره من أنّ: «والأشبه إلزام الأخ بالجميع إن لم تكن عاقله سواه لأنّ ضمان الإمام مشروط بعدم العاقله أو عجزهم عن الديه» هو الصحيح إلاّـ أنّه يمكن أن يقال: إنّه إذا كان فى مثل الفرض لم يكن عاقله للجانى بحيث يمكن استيفاء الديه منهم لا يكون ضمان بيت المال على الإطلاق، بل إذا لم يكن للجانى مال يستوفى الديه من ماله؛ لأنّ الضمان عند عدم العاقله كما هو الفرض من مال الجانى كما هو ظاهر صحيحه محمّد الحلبى المتقدّمه(٢) الوارده فى قتل الأعمى المفروض كون قتله خطأً تحملها عاقلته.

١- (١) حكاه الشهيد الثانى فى مسالك الأفهام ١٥ : ٥٢٠ . المبسوط ٧ : ١٧٤.

٢- (٢) فى الصفحه: ٣٥٦.

ولو زادت العاقله عن الديه، لم يختصّ بها البعض[۱]، وقال الشيخ: يخصّ الإِمام بالعقل من شاء؛ لأنّ التوزيع بالحصص يشقّ، والأول أنسب بالعدل. ولو غاب بعض العاقله لم يخصّ بها الحاضر[۲].

وابتداء زمان التأجيل من حين الموت[۳].

وفى الطرف من حين الجنايه، لا من وقت الاندمال. وفى السرايه من وقت الاندمال؛ لأنّ موجبها لا يستقرّ بدونه. ولا يقف ضرب الأجل على حكم الحاكم[۴].

الشَرح:

[۱] وذلك مقتضى كون الديه أو تحمّلها على العاقله ومجرّد كون التوزيع بالحصص أشقّ بالإضافه إلى جعلها على بعض العصبه لا يكون دليلاً خصوصاً بالإضافه إلى من يقول باعتبار الترتيب فى التوزيع.

نعم، إذا التزم بعض العصبه إعطاء جميع الديه تبرّعاً عن باقى العصبه فلا بأس، وأمّا إلزام الإمام بذلك فلا دليل على ذلك.

[۲] وممّا تقدّم ظهر الوجه فى ذلك فإنّ ما دلّ على كون الديه فى الخطأ المحض على العاقله مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والغائب، غايه الأمر يكون للغائب إمهال إلى أن يحضر ويأتى نظير الإمهال على الفقير الكسوب، واللّه العالم.

[۳] لأنّ الموضوع لثبوت ديه النفس على الجانى فى شبه الخطأ أو على العاقله فى القتل بالخطأ المحض موت المجنى عليه فيثبت الديه على عهده الجانى أو على العاقله من زمان الموت، وأمّا الديه فى الطرف إذا لم يكن للجنايه سرايه من حين الجنايه وإذا كانت لها سرايه من حين الشروع فى الاندمال حيث تتعيّن الجنايه من حين الاندمال.

وبالجمله، ما ذكروا من مبدأ زمان التأجيل على النحو المذكور مقتضى الجنايات.

[۴] فإنّ الحكم المذكور فى المقام نظير سائر الأحكام المترتّبه على

وإذا حال الحول على موسر، توجهت مطالبته. ولو مات لم يسقط ما لزمه، ويثبت فى تركته[١] ولو كانت العاقله فى بلد آخر، كوتب حاكمه بصوره الواقعه ليوزعها، كما لو كان القاتل هناك.

الشَرح:

موضوعاتها الواقعيّه كما أنّ تلك الأحكام ترتّبها على موضوعاتها لا يتوقّف على حكم الحاكم كذلك الحال فى المقام.

نعم، إذا وقعت المشاجره فى ثبوت الموضوع وزمان ثبوته ففصل الخصومه فيها أمر آخر لا يرتبط بما ذكر فى المقام.

ثمّ إنّه إذا حال الحول من زمان ابتداء التأجيل توجّهت مطالبه الموسر، وقد تقدّم أنّه إذا كان بعض أفراد العاقله غير متمكّن من الأداء أصلًا لا يكون عليه شىء، وهذا بخلاف الفقير الكسوب حيث يتعيّن عليه الأداء ولو مع الإمهال، وإذا شكّ فى فرد أنّه من عصبه الجانى أم لا، لا يتعيّن عليه شىء؛ لأنّ عدم كونه عصبه للجانى مع عدم ثبوت مثبت شرعى له مقتضى الأصل يعنى الاستصحاب ولو بنحو الاستصحاب فيالعدم الأزلى.

[١] هذا بناءً على ما تقدّم من ضمان العاقله بالديه وعليه فإن مات من كان من العاقله تحسب ما على ذمّته من ديونه فيوفى من تركته، وأمّا بناءً على عدم الضمان على العاقله بل تحمّلها الديه من باب مجرّد تكليف عليه والضمان على الجانى، فبالموت أو صيرورته عاجزاً يسقط التكليف عنه وليس على ورثته شىء غير التكليف عليهم من تحمّل الديه لكونهم من عصبه الجانى أيضاً إذا كانوا ذكوراً.

ولا يبعد أن يقال إنّ الضمان على فرد من العاقله على ما تقدّم بيانه ليس على الإطلاق، بحيث لو كان شخص من عاقله الجانى ومات قبل حلول الحول يكون مديوناً بالقسط المحسوب عليه، بل ضمانه الديه مشروط ببقائه حلول الحول وتمكّنه من أداء ما عليه، وإلاّ يثبت القسط على ورثته الذكور بما أنّهم من العصبه دون ما

ولو لم يكن عاقله، أو عجزت عن الـديه، أَخـذت من الجانى[١]. ولو لم يكن له مـال، أَخـذت من الإمام. وقيل: مع فقر العاقله أو عدمها تؤخذ من الإِمام دون القاتل، والأوّل مروى.

الشَرح:

كان على أبيهم لولا موته قبل حلول الحول.

[١] ذكر قـدس سره أنّه إذا لم يكن للجـانى بالخطـأ المحض عـاقله أو كـانت العـاقله عاجزه عن أداء الـديه تكون الـديه فى مال الجـانى، كمـا تـدلّ على ذلـك صـحيحه محمّـد الحلبى قال: سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن رجل ضـرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟

قـال: فقـال أبو عبـداللّه عليه السـلام : هـذان متعـدّيان جميعـاً فلا أرى على الـذى قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سـنين فى كلّ سنه نجماً، فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخـذ بها فى ثلاث سـنين، ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بـديه عينيه(١). وظـاهر أنّ ذلـك حكـم ديه الخطأ إذا لم يمكن أخذ ديه الجانى خطأً من عاقلته.

وفى موثقه عمّار الساباطى، عن أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السـلام عن أعمى فقأ عين صحيح، قال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله، فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام ولا يبطل حقّ امرئ مسـلم(٢). فلابد من أن يحمل كون الديه فى مال الأعمى على صوره فقـد العاقله أو عـدم تمكّنهم من الـديه بقرينه التقييـد الوارد فى الصـحيحه المتقدّمه مع أنّ أبى عبيده الذى يروى عنه عمّار الساباطى غير ظاهر من هو.

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٩، الباب ١٠ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٨٩، الباب ٣٥ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

وديه الخطأ شبيه العمد فى مال الجانى، فإن مات أو هرب، قيل: تُؤخذ من الأقرب إليه، ممن ورث ديته. فإن لم يكن فمن بيت المال. ومن الأصحاب من قصرها على الجانى، وتوقّع مع فقره يُسره، والأوّل أظهر[١].

الشَرح:

[١] أقول: بعد فرض أنّ الديه على الجنايه فى شبه العمد من الخطأ على الجانى، فإن هرب أو مات أو قتل تكون الديه عليه تخرج من أمواله أو تركته ومنها ديته إن قتل، فإن لم يكن له مال ولا له ديه حيث إنّه هرب فديه جنايته على بيت المال بالنحو الذى تقدّم بيانه.

نعم، فى مرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلًا خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الديه أنّ الديه على ورثته فإن لم يكن عاقله فعلى الوالى من بيت المال(١). فإنّ مع عدم المال له كما هو فرض عدم العاقله يمكن أن يقال إذا جاز أخذ الديه من ورثه الجانى عمداً جاز أخذها من ورثه القاتل خطأً حيث لا يكون القتل عمداً أخفّ من القتل خطأً فلاحظ.

نعم، فى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلًا متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه؟ قال: إن كان له مال أُخذت الديه من ماله، وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب، وإن لم يكن له قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرئ مسلم(٢).

وكذا فى صحيحه ابن أبى نصر، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل قتل رجلًا عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: إن كان له مال أُخذ منه، وإلاّ أُخذ من الأقرب فالأقرب(٣).

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٧ ، الباب ۶ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٥ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ : ٣٩٥ ، الباب ۴ من أبواب العاقله، الحديث ٣.

....

الشَرح:

ومورد الصحيحتين وإن كان القتل العمدى إلّا أنّه إذا جاز أخذ الديه من ورثه الجانى عمداً، جاز أخذها من ورثه القاتل خطأ حيث لا ـ يحتمل أن يكون القتل عمداً أخفّ من القتل خطأً مضافاً إلى أنّ مقتضى التعليل فى ذيل الصحيحه الأُولى هو تعميم الحكم بالنسبه إلى ديه القتل شبه العمد.

ص : ٣٨٠

وأمّا اللواحق فمسائل:

(الأُولى): لا يعقل إلّا من عُرِفَ كيفيّه انتسابه إلى القاتل. ولا يكفى كونه من القبيله؛ لأنّ العلم بانتسابه إلى الأب، لا يستلزم العلم بكيفيّه الانتساب. والعقل مبنى على التعصيب، خصوصاً على القول بتقديم الأولى[١].

الشَرح:

فى اللواحق

لا يعقل إلّا من عرف كيفيّه انتسابه للقاتل

[١] ذكر قدس سره أنّه لا ـ يكفى فى كون الشخص من عاقله الجانى مجرّد العلم بانتسابه مع الجانى إلى أب، بل لابد من أن يكون الانتساب بحيث يعدّ ذلك الشخص من عصبه الجانى لا من قبيل انتساب الناس بعضهم إلى بعض كانتهاء نسبهم إلى أبينا آدم أو انتساب الهاشميين بعضهم إلى بعض لكون أبيهم هاشم ونحو ذلك.

والحاصل أنّه لا يكفى فى كون شخص من عصبه الجانى مجرّد الانتساب إلى قبيله الجانى.

أضف إلى ذلك أنّ الانتساب إلى القبيله يمكن كونه بنحو الولاء الذى يذكر فى علم الرجال، وما ذكر الماتن خصوصاً على القول بتقديم الأولى بالميراث لا موجب له؛ لما ذكرنا من أنّه يؤخذ الديه من جميع العاقله من غير اختصاص بطبقه دون طبقه.

وعلى ما ذكر فإن لم يحرز كون شخص من عصبه الجانى ولكن احتمل ذلك فى حقّه لم يترتّب عليه حكم العاقله؛ لأنّ الأصل عدم انتسابه إلى الجانى ولو بنحو الاستصحاب فى العدم الأزلى حيث لا يكون فى ذلك الاستصحاب ما قيل من شبهه الأصل المثبت على ما ذكر فى بحث الأُصول، حيث إنّ الوصف ومنه الانتساب فى وجوده يحتاج إلى وجود الموصوف والمعروض، وأمّا فى عدمه لا يحتاج إلى وجودهما.

وبتعبير آخر، الارتباط بين المعروض والعرض منوط بصوره التحقّق، وأمّا فى

(الثـانيه): لو أقرّ بنسب مجهول، ألحقناه[١] به. فلو ادّعـاه الآـخر وأقام البيّنه، قضـينا له بالنسب، وأبطلنا الأوّل. فلو ادّعاه ثالث وأقام البيّنه أنّه ولد على فراشه قضى له بالنسب لاختصاصه بالسبب.

الشَرح:

مرحله عـدم التحقّق للوصـف والعرض فلاـ يرتبـط عـدم تحقّقهمـا بعـدم تحقّـق المعروض والموصـوف؛ ولـذا يقـال عنـد عـدم الموصـوف والمعروض لـم يكن وصـف وعرض، وبعـد وجودهمـا يحتمـل بقـاء الوصـف والعرض على عـدمه، بلاـ فرق بين أنّ الاستصـحاب فى عـدم الوصـف بنحو السـالبه المحصـله أو بنحو الاستصـحاب فى العـدم الأـزلى، ولو أُغمض عن ذلـك فيجرى الأصل الحكمى وهو عدم وجوب إعطاء الديه كلاًّ أو بعضاً بالإضافه إلى المشكوك من العصبه فلاحظ.

لو أقرّ بنسب مجهول

[١] لا ينبغى التأمّل فى أنّ اللقيط إذا لم يعرف نسبه يكون محكوماً بالحريّه وكونه طفل المسلم فيما إذا وجد فى بلد المسلمين أو يعيش فيه المسـلمون فيما إذا ادّعى من أخـذه بكونه ولـده إذا لم يعارض دعواه بـدعوى مسـلم آخر، بل لو يـدّعى آخـذه بكونه ولده وإنّما أخذه لأنّه يحتاج إلى كافل للأخذ ضـروره حفظاً لنفسه عن التلف ثمّ ادّعى شخص آخر بأنّه ولده يكون إقراره نافذاً، وإذا أقام شـخص آخر بيّنه أنّه ولده وكانت البيّنه معتبره دفع الحاكم اللقيط إلى صاحب البيّنه، ولو فرض أنّ شخصاً ثالثاً أقام بيّنه أنّه ولـد على فراشه يدفع إلى صاحب هذه البيّنه، فإنّ المقرّر فى محلّه تقديم البيّنه على الإقرار وكون البيّنه القائمه المذكوره فيها السبب تقدّم على البيّنه الغير المذكوره فيها السبب ويدلّ على اعتبار الإقرار بالولد مع عدم قيام البيّنه على خلافه.

وفى صـحيحه الحلبى، عن أبى عبـداللّه عليه السـلام قال: وأيّما رجل أقرّ بولده، ثمّ انتقى منه فليس له ذلك، ولا كرامه، يلحق به ولده إذا كان من امرأته أو وليدته(١).

ص: ٣٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢۶ : ٢٧١ ، الباب ۶ من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وصحيحته الأُخرى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا أقرّ رجل بولدٍ ثمّ نفاه لزمه(۱).

ومعتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: إذا أقرّ الرجل بالولد ساعه، لم ينف عنه أبداً(۲). وتدلّ على تقديم البيّنه التى ذكر فيها السبب على غيرها مضافاً إلى كونها أظهر فى الدلاله الصحيحه الأُولى بما ورد فى ذيلها.

وأمّا كون اللقيط محكوماً بالحريّه فيدلّ عليه جمله من الروايات منها صحيحه زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: اللقيط لا يشترى ولا يباع(۳). وفى صحيحه عبدالرحمن العرزمى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، عن أبيه، قال المنبوذ حرّ فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذى التقطه، وإلاّ فليرّد عليه النفقه، وليذهب فليوالِ من شاء(۴). إلى غير ذلك من الأخبار.

وأمّا الحكم بإسلامه مضافاً إلى ما ذكرنا فإنّ مقتضى الاحتياط فى النفوس وجوب الحفظ من التلف يثبت حتّى فيما إذا احتمل كونه من ولد الكافر، أضف إلى ذلك أنّ الحكم بحريّه المنبوذ يستفاد منه الحكم بإسلامه أيضاً وإلاّ كان من الجائز استرقاقه، ويوضح ما ذكرنا من ثبوت النسب بالإقرار الروايات الوارده فى الحميل كصحيحه عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الحميل.

فقال: وأيّ شىء الحميل؟ قال: قلت: المرأه تسبى من أرضها، ومعها الولد الصغير، فتقول: هو ابنى، والرجل يسبى، ويلقى أخاه، فيقول: هو أخى، وليس لهم بيّنه، إلاّ قولهم قال: فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم قلت: لا يورّثونهم؛ لأنّه

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۲۷۱ ، الباب ۶ من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۲۷۱ ، الباب ۶ من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث ۴.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۵ : ۴۶۷ ، الباب ۲۲ من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۵ : ۴۶۷ ، باب ۲۲ من أبواب كتاب اللقطه، الحديث ۳.

(الثالثه): لو قتل الأب ولده عمداً، دفعت الديه منه إلى الوارث ولا نصيب للأب[١]. ولو لم يكن وارث، فهى للإِمام عليه السلام . ولو قتله خطأً، فالـديه على العـاقله ويرثها الوارث. وفى توريث الأب هنا قولان. ولو لم يكن وارث سوى العاقله، فإن قلنا: الأب لا يرث فلا ديه. وإن قلنا: يرث ففى أخذه من العاقله تردد. وكذا البحث لو قتل الولد أباه خطأ.

الشَرح:

ذلم يكن لهم على ولادتهم بيّنه، وإنّما هى ولاده الشرك، فقال: سبحان اللّه، إذا جاءت بابنها أو بابنتها، ولم تزل مقرّه به، وإذا عرف أخاه، وكان ذلك فى صحّه منهما، ولم يزالا مقرّين بذلك، ورث بعضهم من بعض(١).

وقد تحصّل ممّا ذكرنا أنّ ما فى كلام الماتن أنّه فى فرض قيام البيّنه للشخص الثالث على أنّ اللقيط ولده تولد فى فراشه فإنّه يؤخذ من الشخص الثانى ويدفع إلى الثالث هو الصحيح فيحكم بأنّه أب اللقيط، وإذا قتله هذا الأب لا تكون الجنايه مورد القصاص؛ لما تقدّم أنّ فى قتل الصبى سواء كان القاتل أبوه أو غيره من البالغين غير موضوع القصاص كما هو الحال فى قتل المجنون، ولكن تؤخذ الديه من أبيه ويعطى لوارث اللقيط ولو كان ذلك الإمام عليه السلام فى الفرض والتعبير به لأنّه لو كان للأب القاتل وارث من الولد أو الأب أو الأخ ونحو ذلك يكون هؤلاء من ورّاث اللقيط لو كان له مال على حسب مراتب الإرث حيث كانت البيّنه التى أثبتت بكون القاتل أب اللقيط أثبتت أقرباء اللقيط أيضاً.

لو قتل الأب ولده عمداً

[١] فإنّه لا يثبت على الوالد القاتل ميراث لا من ديه الولد ولا من سائر أمواله.

ويدلّ على ذلك روايات:

١- (١) وسائل الشيعه ٢۶ : ٢٧٨ ، الباب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث الأوّل.

(الرابعه): لا يضمن العاقله عبداً ولا بهيمه ولا إتلاف مال، ويختصّ بضمان الجنايه على الآدمی حسب.

(الخامسه): لو رمی طائراً وهو ذمی، ثمّ أسلم، فقتل السهم مسلماً، لم يعقل عنه عصبته من الديه؛ لما بيّناه، ولأنّه أصاب وهو مسلم. ولا عصبته المسلمون؛ لأنّه رمی وهو ذمّی، ويضمن الديه فی ماله. وكذا لو رمی مسلم طائراً، ثمّ ارتدّ فأصاب مسلماً، قال الشيخ: لم يعقل عنه المسلمون من عصبته، ولا الكفار. ولو قيل: يعقل عنه عصبته المسلمون، كان حسناً؛ لأنّ ميراثه لهم على الأصح.

الشَرح:

منها صحيحه هشام بن سالم، عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «لا ميراث للقاتل»(۱).

وصحيحه أبی عبيده، عن أبی جعفر عليه السلام فی رجل قتل أُمّه، قال: «لا ـ يرثها، ويقتل بها صاغراً، ولا أظنّ قتله بها كفّاره لذنبه»(۲) حيث إنّ دلالتها على عدم ميراث القاتل من أُمّه المقتوله به واضحه كالصحيحه الأُولى.

وصحيحه جميل بن درّاج، عن أحدهما عليهماالسلام قال: «لا يرث الرجل إذا قتل ولده أو والده ولكن يكون الميراث لورثه القاتل»(۳).

وصحيحه الحلبی، عن أبی عبداللّه عليه السلام ، قال: «إذا قتل الرجل أباه قتل به، وإن قتله أبوه لم يقتل به ولم يرثه»(۴).

وفی صحيحته الأُخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقتل ابنه أيقتل

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۰ ، الباب ۷ من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.
۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۰ ، الباب ۷ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.
۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۰ ، الباب ۷ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۳.
۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۰ ، الباب ۷ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۴.

....

الشَرح:

به؟ قال: «لا، ولا يرث أحدهما الآخر إذا قتله»(۱).

وإطلاق عدم كون القاتل وارثاً لمقتوله يعمّ إرث الديه أيضاً.

ويدلّ على حكم الديه بخصوصه صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: المرأه ترث من ديه زوجها، ويرث من ديتها، ما لم يقتل أحدهما صاحبه(۲). ونحوها غيرها.

وصحيحه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأه شربت دواءً وهى حامل، ولم يعلم بذلك زوجها فألقت ولدها، قال: فقال: إن كان له عظم وقد نبت عليه اللحم عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، وإن كان حين طرحته علقه أو مضغه، فإنّ عليها أربعين ديناراً، أو غرّه تؤدّيها إلى أبيه، قلت له: فهى لا ترث ولدها من ديته مع أبيه؟ فقال: لا: «لأنّها قتلته فلا ترثه»(۳) ودلالتهما على عدم إرث القاتل عمداً أو حتّى ديه الجنين أيضاً ظاهره إذا أسقطه الجانى أُمّاً كانت أو غيرها كما لا يخفى، هذا بالإضافه إلى القتل العمد بلا كلام وبلا خلاف.

وأمّا إذا كان القتل بشبه العمد أو الخطأ المحض فهل يرث القاتل من ديه المجنى عليه؟ كما عليه جماعه. أو لا يرث، كما هو المنسوب إلى المشهور.

والمستند للقائل بأنّ القاتل يرث فى صوره الخطأ صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «إذا قتل الرجل أُمّه خطأً ورثها، وإن قتلها متعمّداً فلا يرثها»(۴) حيث إنّ ذكر القتل خطأً فى مقابل القتل متعمّداً مقتضاه عموم

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۱، الباب ۷ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۷.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۲، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۱، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.

۴- (۴) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۳، الباب ۹ من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الخطأ بشبه العمد والخطاء المحض وما ذكر عليه السلام أنّه يرث فى فرض الخطأ يعمّ الديه وغيرها من سائر أموال المقتول.

وصحيحه عبداللّه بن سنان قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل أُمّه أيرثها؟ قال: «إن كان خطأً ورثها، وإن كان عمداً لم يرثها»(۱) وتقريب الاستدلال يظهر من السابقه.

وقد يختار عدم الميراث من الديه للقاتل سواء كان قتله شبه العمد أو الخطأ، فإنّه ورد فى صحيحه محمد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «المرأه ترث من ديه زوجها ويرث من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه»(۲) ونحوها غيرها مضافاً إلى التعليل الوارد فى صحيحه أبى عبيده(۳) من التعليل لعدم الميراث من الديه للمرأه التى أستقطت ولدها بشرب الدواء بأنّها قتلته.

وبالجمله، لا ينبغى التأمّل فى أنّ كلّا من صحيحه محمد بن قيس، وصحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمتين دالّتين على أنّ القاتل خطأً يرث المقتول.

والوجه فى عدم المجال للتأمّل هو مقتضى مقابله الخطأ بالتعمّد شمول الخطأ شبه العمد والخطأ المحض، ومقتضى هذا التفصيل الجمع بين المطلقات الدّاله على عدم ميراث القاتل حمل قتله على التعمّد دون الخطأ بقانون الجمع بين الإطلاق والتقييد.

ولكن فى البين روايات ذكر فيها التفصيل بين الميراث من الديه وأنّ القاتل ولو

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۴ ، الباب ۹ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۲ ، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

۳- (۳) تقدمت فى الصفحه السابقه.

....

الشَرح:

كان قتله خطأً لا يرث من الـديه كصـحيحه محمـد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السـلام قال: «المرأه ترث من ديه زوجها، ويرث أى زوجها من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه(۱).

ومقتضى إطلاق المنع من أن يرث أحدهما من ديه الآخر فيما إذا قتل أحدهما الآخر بلا فرق بين كون القتل عمديّاً أو خطائيّاً.

ونحوهـا موثقته الأُخرى، عن أبى جعفر عليه السـلام قال: أيّما امرأه طلّقت فمات زوجها قبل أن تنقضـى عـدّتها إلى أن قال: وإن قتلت ورث من ديتها، وإن قتل ورثت هى من ديته ما لم يقتل أحدهما صاحبه(۲).

والمناقشه فيهما بأنّهما تختصّان بالزوج والزوجه لا يمكن المساعده عليها فإنّه لا يفهم الخصوصيّه بما ورد فيهما من قتل خصوص الزوج زوجتها خطأً أو قتل الزوجه زوجها كذلك.

وعلى ذلك فلابد من حمل ما ورد فى صـحيحه محمد بن قيس السابقه عن أبى جعفر عليه السـلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «إذا قتل الرجل أُمّه خطأً ورثها وإن قتلها متعمّداً فلا يرثها»(۳) على أنّه يرثها من سائر أمواله غير الديه لما ورد فى صـحيحته الأُخرى التى ذكرنا عدم ميراثه من ديتها كما هو ظاهر ما لم يقتل أحدهما صاحبه(۴).

ومقتضـى الجمع بين الروايات المانعه عن ميراث القاتل مطلقاً وجواز ميراث القاتل خطأً وعـدم جواز ميراث القاتل خطأً من الديه هو ما ذكرنا، بمعنى أنّ الروايات

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۲ ، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۸ ۳۹ ، الباب ۱۱ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

۳- (۳) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۳ ، الباب ۹ من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.

۴- (۴) تقدمت آنفاً.

....

الشَرح:

بعضـها تـدلّ على عـدم ميراث القاتل عمـداً من مقتوله، سواء كانت ديه أو غيرها كصـحيحه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السـلام عن امرأه شربت دواءً عمداً وهى حامل ولم يعلم بذلك زوجها فألقت ولدها إلى أن قال: قلت له: فهى لا ترث ولدها من ديته مع أبيه: قال: لا، لأنّها قتلته فلا ترثه(۱).

ولا يخفى أنّ مورد السؤال فيها ديه الولد الذى قتلته أُمّه هل ترث منها أُمّه قال عليه السـلام : لا، وعلّل ذلك بأنّ ذلك لأنّها قتلته فلا ترثه، ويقال إنّ مقتضـى التعليل عـدم الميراث من المقتول لقاتله سواء كان قتله عمداً أو خطأً، وسواء كان المال ديه أو غيرها من سائر أموال المقتول ولا يبعد انصرافها إلى الديه.

وكذا تدلّ على عدم الميراث للقاتل من ديه مقتوله صحيحه محمد بن قيس المتقدّمه عن أبى جعفر عليه السلام : المرأه ترث من ديه زوجهـا ويرث أى زوجهـا من ديتها ما لم يقتل أحـدهما صاحبه(۲). ومقتضـى هذه الصـحيحه أنّه لا يرث أحدهما الآخر من ديته إذا كان هو قاتل الآخر، ومقتضى إطلاق هذه الصحيحه عدم الفرق بين أن يقع من أحدهما قتل آخر عمداً أو خطأً.

نعم، قـد يقـال إنّ المعـارضه بين مـا دلّ على كون القتـل من أحـد الشخصـين للآـخر يوجب حرمـان القاتل من أن يرث من ديه المقتول، وما دلّ على أنّ القتل الخطائى لا يمنع من أن يرث القاتل من مقتوله متحقّقه لا محاله؛ لأنّ دلاله ما تقـدمّ من أنّ القاتل لا يرث من ديه مقتوله مطلقه حيث يعمّ ما إذا كان القتل عمديّاً أو خطائياً كصـحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السـلام قال: المرأه ترث من ديه زوجها والرجل

۱- (۱) وسائل الشيعه ۲۶: ۳۱ ۳۲ ، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.

۲- (۲) وسائل الشيعه ۲۶ : ۳۲ ، الباب ۸ من أبواب موانع الإرث، الحديث ۲.

....

الشَرح:

يرث من ديه امرأته ما لم يقتل أحدهما صاحبه(١). فإنّ ظاهرها عـدم الميراث للقاتل منهما من ديه المقتول فيما إذا قتل أحدهما صاحبه فإنّ إطلاقها يقتضى عدم الفرق بين كون القتل بينهما عمديّاً أو خطائيّاً.

وعلى المقابـل مثـل صـحيحه عبـداللّه بن سـنان قال: سألت أبا عبـداللّه عليه السـلام عن رجل قتل أُمّه أيرثها؟ قال: «إن كان خطأً ورثها، وإن كان عمداً لم يرثها»(٢) حيث إنّ جواز الميراث للقاتل أُمّه خطأً يعمّ ميراث المال والديه.

وتقع المعـارضه بين الطرفين بالإطلـق ويمكن أن يؤخـذ بإطلاق المنع عن إرث الـديه على القاتل وإن كان قتله خطائيّاً ويحمل إطلاق الميراث للقاتل بالخطاء عن مقتوله بالإضافه إلى سائر الأموال من غير الـديه؛ لأنّ فى الأخـذ بإطلاق مثل صـحيحه عبداللّه بن سـنان يوجب لغويّه ما ورد فى منع القاتل عن إرث ديه مقتوله فإنّه لو كان قتله عمديّاً فلا يرث القاتل المتعمّد لا من الديه ولا من سائر الأموال.

ومع الغمض عن ذلك ما ذكر حكم الـديه خاصّه فى الروايات وأنّ القاتل لا يرث منها لابـدّ من الأخـذ بإطلاقها بمعنى أنّه سواء كـان قتـل القاتل عمـديّاً أو خطائيّاً حيث إنّه من قبيل إطلاق الخاصّ، ويقيـد بـذلك ما ورد من إطلاق أنّ القاتل خطأً يرث، فإنّ إطلاـق ذلـك يعمّ الـديه وسـائر تركه المقتول فتكون النتيجه أنّ القاتـل خطأً يرث من غير الـديه من تركه المقتول ولا يرث من ديته، نظير مـا ورد فى وجوب الخمس فى كـلّ ربـح وفائـده فى كـلّ سـنه، وورد فى أنّ الأراضـى المفتوحه عنوه ملـك لطـبيعى المسـلمين، وبمـا أنّ تلك الأراضـى داخله فى الغنيمه والفائـده ويعمّها فى كلّ فائـده وربـح خمس، ولكنّ إطلاق ما ورد فى أنّ تلك الغنيمه يعنى أراضى الخراجيّه

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ : ٣٢، الباب ٨ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ٣٤، الباب ٩ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٢.

....

الشَرح:

جميعها ملك لطبيعى المسلمين يعنى بجميع أجزائها ملك له لا ـ خصوص أربعه أخماسها فيقدّم الحكم المذكور لها على عمومات وجوب الخمس ومطلقاته.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّه لا يعقل العاقله جنايه العبد ولا جنايه الحيوان.

فإنّ عدم ضمان العاقله جنايه العبد فلأنّه كما تقدّم تكون جنايه العبد فى رقبته فلا يضمن جنايته مولاه أو غيره، وجنايه الحيوان إذا كان بتفريط من مالكه يكون الضمان عليه، وأمّا إذا لم تكن مستنده إلى مالكه يكون من القضاء والقدر.

ثانيهما: أنّه إذا جرح الصبى بالغاً وتلف المجروح بسرايه الجرح بعد مدّه بلغ الصبى فيه فيحسب جنايه الصبى بعد السرايه وموت المجروح قتلاً ـ خطأً يضمنها العاقله؛ لأنّ الموت إذا استند إلى الجراحه السابقه فتحسب تلك الجنايه قتلاً وبوقوع الجراحه حال صباه يكون القتل المسبّب عنها خطأً.

* * *

والحمد للّه أوّلاً وآخراً وقد فرغت من تسويد مباحث الديات مع كثره الابتلاء فى الأواخر بتاريخ شهر ربيع الأوّل من سنه ألف وأربعمئه وستّه وعشرين على مشرّفها آلاف التحيّه والصلاه عليه وآله أجمعين.

الفهرس

النَّظرُ الأوّل

النظر الثانی

ص :٣٩۶

ص :۳۹۷

النَّظرُ الثالث

ص :۳۹۸

ص :۴۰۰

ص :۴۰۲

ص :۴۰۳

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز القائمية اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩